DIREITO, JUSTIÇA E SOCIEDADE:

questões atuais e desafios jurídicos

3

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Ano 2024

DIREITO, JUSTIÇA E SOCIEDADE:

questões atuais e desafios jurídicos

3

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Ano 2024

CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS

Direito, justiça e sociedade: questões atuais e desafios jurídicos 3

Diagramação: Ellen Andressa Kubisty
Correção: Jeniffer dos Santos
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: Os autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito, justiça e sociedade: questões atuais e desafios jurídicos 3 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2024.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-258-2880-0
DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.800242708

1. Direito. 2. Leis. 3. Justiça. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access, desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce,* ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

APRESENTAÇÃO

Em **DIREITO, JUSTIÇA E SOCIEDADE: QUESTÕES ATUAIS E DESAFIOS JURÍDICOS 3**, coletânea de treze capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, reflexões que explicitam essas interações. Nelas estão debates que circundam realidades de sociedades e de países diversos, através de temas como direito penal do inimigo, Guantánamo, direitos humanos, garantismo, aborto, ordenamento jurídico brasileiro, crimes contra a organização de trabalho, crimes com sujeição passiva infanto-juvenil, redução da criminalidade, criminal compliance, assédio, polícia militar, gestão, justiça federal, blackchain, smart contracts, atuação notarial, responsabilidade civil, médico, consumidor, herança digital, direito das sucessões, seguridad social, além de cram down.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

DIREITO PENAL DO INIMIGO: A PRISÃO DE GUANTÁNAMO E O CERCEAMENTO DE DIREITOS HUMANOS

Data de aceite: 03/09/2024

Rodrigo dos Santos Cavalcante
http://lattes.cnpq.br/3849085778611841

RESUMO: O presente trabalho visa o aprofundamento sobre as condições que permitiram a criação e manutenção de uma prisão nos moldes da prisão de Guantánamo. Avaliam-se os aspectos humanitários do complexo penitenciário de Guantánamo e como a comunidade internacional encara tamanha afronta aos direitos fundamentais do cidadão. A análise tem como premissa o conceito de Direito Penal do Inimigo em Günther Jakobs, percorre a cronologia de seu pensamento e como se concatena com a narrativa de extrema direita que se espalha em diversos países, principalmente no Estados Unidos da América. O trabalho perpassa pelo problema do terrorismo advindo do fundamentalismo radical islâmico e como potencializa a xenofobia norte-americana. Por derradeiro, parte à análise da legalidade da prisão de Guantánamo, tomando como base os tratados de Direitos Humanos, decisões da Suprema Corte Norte-americana, decisões em esfera federal e leis implementadas em tempos de guerra.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo. Prisão de Guantánamo. Devido Processo Legal. Direitos Fundamentais. Terrorismo. Fundamentalismo Radical Islâmico.

ABSTRACT: The present work aims to delve deeper into the conditions that allowed the creation and maintenance of a prison along the lines of the Guantánamo prison. The legality of the penitentiary complex is evaluated and how the international community faces such an affront to the fundamental rights of the citizen. The analysis is premised on the concept of Criminal Law of the Enemy in Günther Jakobs, goes through the chronology of his thought and how it concatenates with the extreme right narrative that spreads in several countries, mainly in the United States of America. The work goes through the problem of terrorism arising from radical Islamic fundamentalism and how it potentiates xenophobia on an increasing scale. Finally, it analyzes the legality of the Guantánamo prison, based on human rights treaties, decisions of the US Supreme Court, decisions at the federal level and laws implemented in times of war.
KEYWORDS: Criminal Law of the Enemy. Guantanamo Prison. Due to Legal Process. Fundamental rights. Terrorism. Radical Islamic Fundamentalism.

INTRODUÇÃO

A prisão norte-americana de Guantánamo está localizada fora do território continental dos Estados Unidos, mais especificamente no extremo leste da Ilha de Cuba. Oficialmente chamada de Campo de Detenção da Baía de Guantánamo (Guantanamo Bay Naval Base), é parte integrante de uma base naval militar norte-americana, e em torno de 6.000 pessoas, entre civis e militares, circulam pela base todos os dias. Especificamente na "Detention Zone", como é intitulada a zona prisional pertencente à base, 1.500 militares trabalham diretamente em seu funcionamento. A estrutura inteira é um enorme complexo militar, muito similar a uma pequena cidade norte-americana, contando com vilas residenciais que abrigam 700 famílias, restaurantes, escolas, campus universitário, igrejas e lazer. A região de Guantánamo ocupa um território de 116 quilômetros quadrados, circunscrito à baía de mesmo nome. A prisão existe desde o ano de 2002, entretanto os Estados Unidos têm a posse do território desde 1903, quando alugou o território de Cuba e construiu a base naval, a mais antiga fora do território dos Estados Unidos. Atualmente, trata-se de um curioso paradoxo legal, haja vista que os EUA reconhecem a soberania de Cuba, porém tem total jurisdição sobre o território[1].

A penitenciária é notória por abrigar acusados de crimes de guerra, e mais especificamente indivíduos acusados de atos de terrorismo contra os Estados Unidos. Foi criada no ano de 2002, logo 4 meses após os atentados de 11 de setembro de 2001, na campanha militar intitulada pelo ex-presidente George W. Bush como "Guerra ao Terror"[2]. Por ela já passaram 780 prisioneiros, e está constantemente envolta em denúncias de abuso envolvendo tortura[3], desrespeito ao devido processo legal e garantias fundamentais[4]. Muitos dos detidos em Guantánamo jamais receberam a visita de um familiar ou o assessoramento de um advogado[5]. Em verdade, alguns sequer foram processados formalmente, e estão presos cautelarmente, sem prazo definido, sem um processo acusatório formal.

Nos ensina MECUCCI (2020) que o princípio da legalidade foi a principal arma burguesa no século XVIII no combate ao absolutismo monárquico, aos abusos de poder dos nobres em face da burguesia. Isso significa que no caso de Guantánamo, a principal barreira ao arbítrio estatal, caracterizada por um Estado de Direito regido pelo Império da Lei, sofre mitigação em face de políticas bélicas populistas. É surpreendente presenciarmos na atualidade o retorno a uma sistemática de punição draconiana, sem regras fixas, tanto

1 *Guantanamo Bay: Beyond the Prison.* The New York Times. Disponível em: < https://www.nytimes.com/2021/11/26/us/politics/guantanamo-bay.html>. Tradução nossa. Acesso em: 04 de janeiro de 2022.
2 *Strategic Brief on Counter Extremism*. Human Rights Observatory. Disponível em: https://observatoryihr.org/research/counter-extremism/>. Tradução nossa. Acesso em: 18 de abril de 2021.
3 *Cia sex abuse and torture went beyond Senate report disclosures, detainee says.* The Guardian. Disponível em: < https://www.theguardian.com/us-news/2015/jun/02/cia-sexual-abuse-torture-majid-khan-guantanamo-bay>. Tradução nossa. Acesso em: 18 de abril de 2021.
4 *UN Rights experts call for US to address ongoing violations at Guantanamo military prison*. United Nations. Disponível em: < https://news.un.org/en/story/2021/02/1085492>. Tradução nossa Acesso em: 18 de abril de 2021.
5 *Guantanamo Bay detainee details sadistic abuse*. Time. Disponível em: https://www.nytimes.com/2021/11/26/us/politics/guantanamo-bay.html>. Tradução nossa. Acesso em: 05 de janeiro de 2022.

materiais como processuais. Importante reflexão faz LOPES JÚNIOR (2021), que relembra que na inquisição da Idade Média a insuficiência de prova equivalia a uma semiprova, ou, certamente, uma presunção de culpabilidade. Todos esses fatores sinalizam um problema humanitário que merece atenção de todos os atores internacionais.

No tangente à dogmática jurídica, se destaca como teoria legitimadora dessa vertente de pensamento de Estado de Exceção o chamado Direito Penal do Inimigo. O conceito de inimigo social não é recente, essa figura foi bastante presente em toda a história do direito penal. No entanto, ressurgiu nas últimas décadas, pela obra de Günther Jakobs, penalista alemão que cunhou o termo na década de 80.

Para Jakobs, o inimigo é o indivíduo que desafia as convenções estabelecidas da sociedade, buscando a sua destruição. Preleciona MECUCCI (2020) que o inimigo, na concepção de Jakobs, nega o Contrato Social. Por conseguinte, não goza dos mesmos direitos e garantias fundamentais do cidadão, enfrentando mitigação ou supressão de seus direitos.

Para que possamos compreender a formação desse matiz de pensamento, passaremos a analisar a evolução histórica da teoria de Jakobs e em que medida se coaduna com o paradoxo de Guantánamo e a geopolítica internacional.

PANORAMA GERAL DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do inimigo de Günther Jakobs

Günther Jakobs nasceu na cidade de Monchengladbach, em 26 de julho de 1937, na Alemanha. Estudou direito nas universidades de Colônia, Kiel e Bonn, percorrendo renomada carreira acadêmica, tornando-se catedrático emérito na Universidade de Bonn, nas áreas de Direito Penal, Processual Penal e Filosofia do Direito. Foi brilhante discípulo de Hans Welzel[6]. Criou o que denominou como Direito Penal do Inimigo (Feindstrafretch), sistema teorizado com base em uma figura central: o inimigo social. Para o eminente jurista, é factível renunciar ao ideal ressocializador em prol de uma maior eficácia preventiva do Direito Penal. Isso porque, para Jakobs, o Direito Penal estabelecido já não consegue mais atender aos anseios político-criminais atuais. Acredita em um Direito Penal demasiadamente pragmático, fazendo o papel, muito a contrassenso, que deveria ser da política criminal. Isso significa que se atribui ao Direito Penal papel que não lhe cabe, que é medida de *ultima ratio*.

Não resta dúvida que a inspiração surgiu do funcionalismo sistêmico, que nas palavras de CONDE (2012, p. 23) "[...] é consequência inevitável de uma perspectiva funcionalista

6 Hans Welzel nasceu na Alemanha em 1904, vindo a falecer em 1977. Construiu uma sólida carreira acadêmica e jurídica, lecionando nas universidades de Colônia, Gottingen e Bonn. É o pai da Teoria Finalista da Ação, adotada inclusive na reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro em 1984. *Tudo sobre Hans Welzel*. Migalhas. Disponível em < https://www.migalhas.com.br/tudo-sobre/hans-welzel>. Acesso em: 07 de janeiro de 2022.

do Direito Penal, no qual este não é mais do que um subsistema de imputação dentro do conjunto social global [...]". Günther Jakobs era o mais destacado representante da teoria funcionalista. Para o penalista, há uma separação doutrinária entre quem seria o cidadão e quem seria o inimigo. Conceitua que o cidadão busca, em sua essência, a paz social, e alinha-se às regras e costumes da sociedade. Em troca goza da proteção materializada em seus direitos e garantias fundamentais. Contrariamente, o inimigo busca a ruptura com o regramento social estabelecido, persegue a sua destruição e não consegue se adaptar ao convívio social. Em consequência, torna-se inimigo social, perdendo os direitos e garantias de que goza o cidadão. Com efeito, para o autor existem dois sistemas penais distintos: o Direito Penal Estatal Interno e o Direito Penal do Inimigo. O primeiro tutela o cidadão, e lhe garante seus direitos e prerrogativas fundamentais. O segundo tutela o inimigo, ou, ainda, o não cidadão. Nas palavras de CONDE (2012), autor crítico da teoria de Jakobs, e talvez também o mais incisivo e realista, a persona do inimigo em Günther Jakobs é a não pessoa. Foi o que o célebre professor de Sevilha ouviu de Jakobs na conferência do Congresso de Berlim em 1999. Os dois autores nunca concordaram sobre o tema, e chegaram a trocar cartas debatendo sobre a teoria de Jakobs e o neokantismo.

Analisando a ótica de Jakobs, identifica-se demasiada subjetividade na classificação do inimigo social. Assevera que é o sujeito que, de forma grave e reiterada, se comporta contrariamente às normas da sociedade, transformando-se em ameaça. Houvesse uma escala de gradação, poder-se-ia dizer que o inimigo reside em um grau maior de ruptura social, desdenha do regramento coletivo e abdica de sua condição de cidadão. É o sujeito considerado irrecuperável, que deve ser definitivamente afastado do convívio social, seja pela prisão ou pela morte. O renomado autor espanhol Jesús-Maria Sánchez, em sua obra "A Expansão do Direito Penal", consegue identificar o momento de transição da figura do cidadão para figura do inimigo, utilizando o conceito por ele formulado: as velocidades do Direito Penal.

Para o penalista alemão, a única forma eficaz na luta contra o inimigo é a imposição de penas draconianas, penalização de condutas inócuas e, principalmente, tipificação dos crimes de perigo abstrato. A mitigação de garantias e direitos do imputado também é essencial para que se atinja a verdade real do fato e o caráter preventivo do Direito Penal. No entendimento de Jakobs, o Direito Penal do Inimigo é absolutamente inevitável.

Notoriamente, é um tipo de sistema com alta carga punitivista. Em nada semelhante aos sistemas de base iluminista que prosperam nos países democráticos, possui um viés nitidamente draconiano, pecando pelo excesso de severidade e subjetividade. O inimigo não mais regressa ao status quo ante, quando ainda era cidadão. Torna-se um degredado social. Interessante exame faz SCALQUETTE (2020) sobre Drácon, legislador ateniense que inspirou a expressão lei draconiana. Este era famoso pelo excesso de severidade nas leis que redigia e aplicava, principalmente no que tange à desproporção entre o fato delituoso e a pena cominada. Drácon legislou na polis ateniense impondo a pena de morte

para diversos tipos de crimes, e considerava que a prática criminosa era uma ofensa de tamanha gravidade aos deuses que a punição mais acertada deveria ser a morte. Pode-se até mesmo estabelecer certa correlação ao conceito de Jakobs no que concerne à figura do inimigo, haja vista que Drácon tinha duas listas, e nelas relacionava as pessoas que considerava como traidores da polis: devedores e criminosos.

Na práxis de Jakobs haveria um sistema para processar e julgar o cidadão, e outro para o inimigo. Poder-se-ia afastar garantias tanto materiais como processuais. Estaria em jogo o princípio da anterioridade penal, a ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição e devido processo legal de quem é considerado inimigo.

Sabemos que no Estado Democrático de Direito o regramento material e processual é claro e inequívoco, anterior ao fato, sem azo para subjetividade, sem margem ao arbítrio estatal. É o princípio norteador da legalidade ou reserva legal. Ensina-nos FABRETTI (2016) que os momentos históricos em que houve mitigação do princípio da reserva legal, coincidem, não por acaso, com os períodos em que o próprio Estado Democrático sofria perigo, tal como na Alemanha nazista e na União Soviética.

Causa incômodo, indubitavelmente, a correspondência inafastável que a teoria guarda com a dogmática de Edmund Mezger e os penalistas nazistas. O conceito de inimigo tem como ponto nevrálgico o distanciamento do direito penal do fato e a proximidade com o direito penal do autor. O inimigo, para Jakobs, é aquele com tendências naturais ao crime. Isso significa que o juízo de valor não recai, de forma pontual, sobre a conduta delituosa praticada, mas sim sobre a personalidade do autor do fato. Deixa-se de punir o fazer e pune-se o ser.

O tema foi severamente confrontado por catedráticos das mais renomadas universidades. A maioria dos juristas acreditava que a teoria de Jakobs não ultrapassaria o debate acadêmico, servindo apenas como importante tema de reflexão para o Direito Penal, uma hipótese extrema de como se correlaciona com a Política Criminal. Os mais destacados críticos da teoria foram Albin Eser, Ingeborg Puppe, Schuls e Schunemann, a maioria também palestrantes no congresso de 1999.

O fato é que curso da história fez com que trágicos acontecimentos fortalecessem a legitimação da teoria do inimigo: os atentados terroristas praticados a partir de 2001. Viu-se a teoria do penalista alemão materializar-se na legislação norte-americana, como se Jakobs houvesse previsto os acontecimentos que estavam por vir. Abordaremos minuciosamente adiante, mas podemos antecipar alguns fatos: a aprovação do USA Patriotic Act, o Law of War Detention, a criação da prisão de Guantánamo e a tortura de presos afegãos na prisão de Abu Craigh. Criou-se nos Estados Unidos um Estado de Exceção.

Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito

A grande questão que emerge é: haveria espaço para o Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito? Rousseau, em sua luminar obra "O Contrato Social", já nos alertava sobre as relações de poder que envolvem as nações e o direito: "O mais forte não é nunca assaz forte para ser sempre o senhor, se não transforma essa força em direito e a obediência em dever" (1978, p. 41). A assertiva de Rousseau nos demonstra, com precisão, a trajetória que uma nação percorre em direção ao Estado de Exceção. Quando a força não é mais justificável, editam-se normas legitimadoras do excesso, inserindo-as no sistema legal.

Nas palavras de CONDE (2012, p. 59): "Se se está de acordo com o fato que em uma sociedade possa haver duas classes diferentes de seres humanos, as pessoas e as não pessoas, e que cada uma delas merece um tratamento jurídico diferente, deve-se assumir também, de modo coerente, as consequências que derivam dessa distinção."

No caso norte-americano, percebe-se que as cortes federais não compactuam com a mitigação de direitos fundamentais e a relativização de preceitos constitucionais. Todavia, o poder político emanado pelos órgãos militares e pelo departamento de defesa nacional são bastante contundentes e de grande aceitação pública interna.

O inconsciente coletivo acredita, ou quer acreditar, que a prevenção geral cognitiva é mais efetiva do que a segurança normativa isolada. Acreditam que um direito penal funcionalista, dirigido a resultados, um Direito Penal em que os fins justificam os meios, pode ser a resposta para a efetividade da paz social. O que se olvida é que a norma que garante os direitos fundamentais ao suposto inimigo é a mesma que garante ao cidadão. Rompida a barreira da tutela fundamental, todos estamos expostos ao arbítrio estatal, principalmente diante da subjetividade que aponta quem é cidadão e quem é inimigo. Além do mais, a história nos mostra como é rápida a transição de "amigo" para "inimigo" nos estados totalitários: basta, em algum momento, discordar do regime.

Terrorismo, xenofobia e populismo: a ascensão da extrema direita nos EUA

Por óbvio que não se pretende avalizar atos de extrema violência como os atentados terroristas praticados por grupos fundamentalistas islâmicos. Trata-se da mais abjeta forma de imposição ideológica, sem margem para ponderações e justificações. Também não é o escopo deste trabalho adentrar nas causas originárias do terrorismo islâmico, e nem mesmo o porquê de terem escolhido os Estados Unidos como principal inimigo. É um tema extenso e de enorme complexidade, envolvendo premissas sociológicas, filosóficas e teológicas.

A reflexão deve seguir no sentido de proteção dos direitos fundamentais da coletividade, sem distinção de nacionalidade, etnia ou opção religiosa. Esse é o ponto

nevrálgico e devemos nos ater a ele. Os ataques de cunho terrorista não são praticados por nações, nem por grupos étnicos ou grupos religiosos. São, em verdade, praticados por grupos de indivíduos, ou até mesmo por lobos solitários.

O instinto natural do ser humano envereda pela criação de estereótipos, que adota como modelos de determinado modo de ser e agir. Esses modelos não seguem um padrão lógico, fundamentado. É um instinto natural de proteção após um trauma violento. Após os atentados de 2001 é natural que um cidadão norte-americano construa em seu íntimo uma figura de inimigo estereotipada do que entendem como a figura de um terrorista: nascido no oriente médio e de religião islâmica. Com enorme velocidade esse sentimento torna-se coletivo, e produz em uma sociedade o típico estereótipo de um inimigo da nação. O fato é que esse sentimento xenofóbico é uma excelente oportunidade ao populismo político, que utiliza como estratégia para angariar ou manter a lealdade de eleitores. Veja-se um acontecimento que se amolda perfeitamente ao assunto em estudo: a negativa de visto de entrada nos EUA instituída pelo ex-presidente norte-americano Donald Trump a indivíduos de nacionalidade advinda do oriente médio. A proibição recaiu sobre absolutamente todos os indivíduos de determinadas nacionalidades, sem qualquer outro juízo de valor. Nada mais é que o direito penal do autor de Mezger em atividade[7]. CONDE (2012) nos relembra a semelhança que a doutrina de Jakobs guarda com a de Mezger, que defendia duas classes de Direito Penal, além de denominar algumas classes de delinquentes como "estranhos à comunidade". Mezger redigiu, inclusive, um projeto de lei com esta temática nos idos de 1943. Essa norma imputava aos "estranhos à comunidade" a reclusão por tempo indefinido em campos de concentração, a esterilização e a castração de homossexuais.

Com efeito, torna-se dificultosa a compreensão da mera possibilidade de existência e aceitação social de uma penitenciária como a de Guantánamo, principalmente por se tratar de um país símbolo da luta pela igualdade de direitos fundamentais. Infere-se que a causa reside, provavelmente, em gênero de mentalidade que vem se tornando cada vez maior no ocidente, porém com maior potência nos Estados Unidos. É uma nação que carrega um sentimento coletivo nacionalista já culturalmente exacerbado, e tem experimentado uma escalada na xenofobia islâmica. Todo esse contexto flui no sentido de materializar na figura do ente islâmico a feição do inimigo da sociedade norte-americana. CONDE (2012) nos afirma que o nacionalismo exacerbado geralmente caminha junto com o racismo, principalmente em tempos considerados como de exceção.

É cristalina a aproximação entre o populismo político conservador e a figura do inimigo social. Diante da incapacidade estatal na promoção de soluções eficazes para o controle da criminalidade, torna-se muito mais fácil criar a figura do inimigo, responsável por todas as mazelas sociais. É o sistema do medo coletivo, legítima e efetiva ferramenta de poder do Estado sobre o cidadão. Cria-se a figura do inimigo da nação, em seguida

7 *Como Trump definiu os 7 países da polêmica proibição de entrada nos EUA?* BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38808841>. Acesso em: 03 de janeiro de 2022.

impõe-se um estado constante de medo, insegurança e apreensão, e por último elege-se um culpado. Todos estarão apavorados demais para refletir sobre políticas sociais realmente efetivas.

O PARADOXO DA PRISÃO DE GUANTÁNAMO

Estudo da legalidade de Guantánamo: "USA Patriotic Act" e "Law of War Detention"

A prisão de Guantánamo já abrigou 780 detentos[8] desde sua abertura em 2002. Desses, um total de 9 tiraram a própria vida nas dependências da penitenciária, sendo necessário, inclusive, construir um cemitério no terreno contíguo da prisão para abrigar seus restos mortais. Até dezembro de 2021, restavam encarcerados um total de 39 detentos, sendo que 26 estão sob o chamado "law of war detention". Isso significa que podem permanecer presos indefinidamente, sem acusação formal, sem julgamento. O pacote legislativo intitulado como "USA Patriotic Act" foi aprovado pelo Congresso norte-americano em outubro de 2001, pouco tempo após dos atentados de 11 de setembro de 2001.

Reflete-se sobre a legalidade do pacote legislativo porque, em verdade, não é consenso que os EUA estariam realmente em Estado de Guerra na acepção jurídica do termo. Não há dúvida que foi instalado um conflito de dimensões internacionais, todavia com grupos específicos que não representavam a nação afegã. Preciosa a assertiva que REZEK (2016) faz em sua obra, asseverando que a guerra não mais é meio lícito para resolução de conflitos internacionais desde a Carta de São Francisco[9], em 1945, trazendo a proibição formal da guerra. O *jus ad bellum*, ou o direito à guerra, quando esta se mostrasse justa, não mais existe no regramento de Haia.

Veja-se que o mesmo não ocorreu na Inglaterra, haja vista que a Câmara dos Lordes não aprovou pacote legislativo semelhante imposto pelo governo Blair. Alguns votos contrários ao pacote demonstram a lucidez dos magistrados britânicos, tal como o voto de Lord Nicholls de Birkenhead "[...] a prisão indefinida sem denúncia ou juízos é uma maldição em um país que observa o império da lei [...]" ou ainda o voto de Lord Hoffmann "[...] a verdadeira ameaça para a vida desta nação, entendida como um povo que vive de acordo com suas tradições e seus valores políticos, não vem do terrorismo, e sim de leis como esta [...]"[10]

8 *Guantanamo Bay: Beyond the Prison.* The New York Times. Disponível em: < https://www.nytimes.com/2021/11/26/us/politics/guantanamo-bay.html>. Acesso em: 04 de janeiro de 2022.
9 "Os membros da Organização, em suas relações internacionais, abster-se-ão de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com os propósitos das Nações Unidas".
10 Britsh Parliament. Disponível em: <www.parliament.the-stationery-office.co.uk>. Tradução nossa. Acesso em: 03 de janeiro de 2022.

As decisões da Suprema Corte norte-americana

Casos complexos foram julgados pela Suprema Corte dos EUA, sendo os mais notórios o caso "Hamdi", "Rasul" e "Padilla". Todos os indivíduos, ou grupos de indivíduos, suspeitos de participação no 11 de setembro, todos presos preventivamente em bases militares no território norte-americano.

As demandas versavam sobre questão já bastante polêmica em sua essência: se os suspeitos de terrorismo teriam ou não direito de impetrar um *habeas corpus*. Fosse no direito brasileiro, não haveria azo para debate, haja vista que o remédio constitucional tutela brasileiros e estrangeiros no território nacional, sem distinção. Para Hamdi a ordem foi concedida, pois era cidadão nato norte-americano, e, portanto, deveria ser beneficiado pelo remédio constitucional. No caso Rasul, a ordem também foi concedida, mesmo tratando-se de um grupo de 12 estrangeiros, porém o debate foi muito mais acirrado. Os votos contrários foram tomados com base em textos legais e precedentes jurisprudenciais antigos, que, realmente, negam o direito ao recurso de habeas corpus a estrangeiros. No final, prevaleceu a concessão ao direito ao *habeas corpus*, sem diferenciação entre norte-americanos e estrangeiros, por 6 votos a 5.

Os precedentes dos julgados em epígrafe, ainda que em teoria, deveriam vincular as próximas decisões, de forma que todos os suspeitos detidos em Guantánamo também pudessem ter o direito de impetrar um habeas corpus. Todavia, o remédio constitucional é frequentemente negado, tendo como justificativa a "Law of War".

CONCLUSÃO

A similitude entre a dogmática dos penalistas nazistas e o Direito Penal do Inimigo é inafastável. Cuidou-se para não enveredarmos ao lugar comum de se comparar tudo que parece desarrazoado, racista e demasiadamente cruel com o nazismo, todavia restou inevitável. A doutrina de Jakobs possui todas as faces de um sistema penal de exceção, populista e desumano, visto somente nas nações e nos períodos históricos em que a democracia era inexistente ou estava em seu limite de ruptura. O próprio penalista alemão Edmund Mezger, expoente da dogmática legal nazista, já abordava algo muito parecido em seus informes de 1943, em que defendia um Direito Penal aos arianos e outro aos "estranhos à comunidade".

De toda sorte, não se vislumbra um Direito Penal do Inimigo inserido em um Estado que legitimamente se coadune com um Estado de Direito, regido pelo Império da Lei e respeitando os direitos e garantias fundamentais. Haverá momento em que a ruptura será inevitável, ou para legitimar o Estado de Exceção, ou para que se retorne ao iluminista Estado de Direito.

Ainda, sobre a possibilidade de sua efetividade como política criminal, entendemos que a figura do inimigo não deva provocar qualquer tipo de prevenção geral cognitiva. Não

acreditamos que o criminoso se sinta realmente ameaçado por um sistema de exceção e pondere, de alguma forma, sobre delinquir ou não. Em verdade, o que se percebe é que ao serem rotulados como inimigos, possam sentir-se legitimados para a prática criminosa, afinal já não pertencem mais à sociedade.

Com efeito, o fundamentalismo radical islâmico e sua imposição ideológica por meio da violência é uma barreira à paz social e não pode ser ignorado. O desafio é identificar os limites da tênue linha que separa a segurança e paz social do preconceito religioso e xenofóbico. O que se pode afirmar, diante de diversas experiências semelhantes enfrentadas no curso da história, é que a resposta não deve vir do Direito Penal, que é acessório e de *ultima ratio*.

No que se refere à Prisão de Guantánamo, tema central de nosso estudo, não se pode chegar a outra conclusão que não seja como considerá-la inadmissível. Localizar-se fora do território continental norte-americano é tão somente um truque para que possam, em alguma medida, escapar aos ditames constitucionais norte-americanos. Sua existência não se harmoniza ao estado atual de coisas que as nações democráticas entendem como Estado de Direito. Não se amolda ao símbolo que a nação norte-americana ostenta como precursora e mantenedora de igualdade de direitos. A verdade que emerge é que no cenário geopolítico, as forças econômicas e militares sempre transcendem a forças político-normativas, restando aos outros atores internacionais ou a conformação, ou as reiteradas tentativas de convencimento por intermédio da opinião pública.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Ed. Nilobook, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **A Teoria da Alteridade Jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2016.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do Inimigo.** Curitiba: Ed. Juruá, 2012.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Ed. Atlas, 2021.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2020.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito Penal do Inimigo: uma análise sob os aspectos da cidadania**. São Paulo: Ed. D'Plácido, 2021.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania**. São Paulo: Ed. Gen/Atlas, 2016.

HUNGRIA, Nélson; DOTTI, René Ariel. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Ed. GZ – 6º ed – volume I, tomo I, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Ed. Saraiva Jur, 2021.

KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Ed. Companhia de Bolso, 2005.

MECUCCI, Fernando Corrêa de Carvalho. **Introdução ao Direito Penal do Inimigo**, São Paulo, 2020.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1978.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **Lições Sistematizadas de História do Direito**. São Paulo: Ed. Almedina – 2. Ed., 2020.

SOUZA, André Pagani de et al. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. São Paulo: Ed. Gen, 2018.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.

Cia sex abuse and torture went beyond Senate report disclosures, detainee says. The Guardian. Disponível em: < https://www.theguardian.com/us-news/2015/jun/02/cia-sexual-abuse-torture-majid-khan-guantanamo-bay>. Acesso em: 18 de abril de 2021.

Como Trump definiu os 7 países da polêmica proibição de entrada nos EUA? BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38808841>. Acesso em: 03 de janeiro de 2022.

Guantanamo Bay: Beyond the Prison. The New York Times. Disponível em: < https://www.nytimes.com/2021/11/26/us/politics/guantanamo-bay.html>. Acesso em: 04 de janeiro de 2022.

Guantanamo Bay detainee details sadistic abuse. Time. Disponível em: https://www.nytimes.com/2021/11/26/us/politics/guantanamo-bay.html>. Acesso em: 05 de janeiro de 2022.

Guantanamo's darkest secret. The New Yorker. Disponível em: < https://www.newyorker.com/magazine/2019/04/22/guantanamos-darkest-secret>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

How 9/11 Reshaped Foreign Policy. CFR Organization. Disponível em: < https://www.cfr.org/timeline/how-911-reshaped-foreign-policy>. Acesso em: 07 de janeiro de 2022.

Lawyer says Guantanamo abuse worse since Obama. Reuters. Disponível em: < https://www.reuters.com/article/us-guantanamo-abuse-lawyer-exclusive-idUSTRE51O3TB20090225>. Acesso em: 18 de abril de 2021.

Strategic Brief on Counter Extremism. Human Rights Observatory. Disponível em: https://observatoryihr.org/research/counter-extremism/>. Acesso em: 18 de abril de 2021.

Teoria do crime: elementos sobre a teoria neoclássica. Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32411/teoria-do-crime-elementos-sobre-a-teoria-neoclassica-neokantismo>. Acesso em: 05 de janeiro de 2022.

Universal Declaration of Human Rights. United Nations. Disponível em: < https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

UN Rights experts call for US to address ongoing violations at Guantanamo military prison. United Nations. Disponível em: < https://news.un.org/en/story/2021/02/1085492>. Acesso em: 18 de abril de 2021.

GARANTISMO: DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DE BENS JURÍDICOS

Data de aceite: 03/09/2024

Ronald Pinheiro Rodrigues
Mestrando em Direito Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas

Alexandre Cesar dos Santos
Delegado de Polícia Civil do Estado de Alagoas. Professor de Direito Penal da Faculdade da Cidade de Maceió (FACIMA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE (2006). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp - LFG. Especialista em Direitos Humanos e Segurança Pública pela Universidade de Federal de Rondônia/ SENASP

RESUMO: O artigo tem o objetivo de investigar o Direito Penal através das contribuições do garantismo. É uma análise dos seus aspectos, baseado no bem jurídico a partir dos enunciados previstos na constituição, bem como o estudo do Direito penal como *ultima ratio*. Também enfatiza a função do Direito Penal na defesa da constituição do Estado Democrático de Direito.
PALAVRAS-CHAVE: Garantismo. Bens jurídicos. Direito Penal.

ABSTRACT: This paper investigate the criminal law through guaranteeism contributions, analyzing its aspects, based on the juridical asset from the texts in the constitution, and the study of criminal law as *ultima ratio*. It also emphasizes the function of criminal law in defense of the Constitution of the Democratic State of Law.
KEYWORDS: Guaranteeism. Juridical asset. Criminal law.

INTRODUÇÃO

Observa-se uma constante relação entre os objetivos do Estado e o conteúdo das normas jurídicas. Essas estão sempre defendendo e impondo determinados interesses predominantes, determinados valores na ordem estatal. A obra de Fernand Lasse, A essência da Constituição, escrita em 1863, reflete, em certa dose as relações de poder dominantes que determinam o ordem jurídica: "Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são"(LASSALE, 2001. p. 10-11).

Trazendo o pensamento da concepção sociologia de Constituição para o Direito Penal, depreende-se que ele acaba atuando como um instrumento a serviço do Estado como uma forma de controle de social. Porém de igual forma pode está a serviço tanto do bem como do mal, da justiça como da injustiça, da liberdade como da opressão, da paz como da guerra, do bem comum como da exploração humana. Paradoxalmente, a justiça não é inerente ao direito, não serve para defini-lo, como querem os adeptos ao jus naturalismo. Pelo contrário, trata-se de uma eterna aspiração que deve ser conquistada. Não é apenas a sanção que faz com que a norma seja cumprida, mas também os valores e, infelizmente, a sociedade atual encontra-se totalmente desprovida de valores. Neste contexto, surge a expressão sociedade de risco, a qual designa um estágio da modernidade em que começa a tomar corpo as ameaças produzidas, até então no caminho da sociedade industrial. Portanto, os riscos da modernização caracterizam a atual sociedade de riscos que projeta um futuro incerto (CALLEGARI; WERMUTH, 2010. p. 14).

BEM JURÍDICO COMO UM VALOR CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO

Faz-se importante relatar um fato notório para que se entenda a alegada, por muitos, importância da Lei n° 13.104: somente a partir do 24 de fevereiro de 1932, no Brasil, houve a conquista do voto feminino. Antes mesmo de 1932, discutia-se a possibilidade de criar um Código Penal brasileiro o qual só ficou definido a partir de 7 de dezembro de 1940, através do Decreto-Lei 2.848. Isto é, nele prevalece a ideia de uma sociedade patriarcal, cuja relevância da mulher era ainda considerada secundária, pois notem que a palavra "mulher" só é citada 3 vezes em todo o Código Penal, para definir crimes específicos contra as mulheres, citações a partir de 1984. Com o advento da Lei do Feminicídio, o Código passa citar a palavra mulher 5 vezes. (A palavra "homem" não é citada e nem o adjetivo masculino, pois está subentendido que o Código era para punir homens e também para protegê-los.) Então, havia os seguintes artigos:

A constante promulgação de leis penais incriminadoras, as quais deveriam ser inseridas no ordenamento jurídico, em tese, para satisfazer as novas exigências para tutelar de bens jurídicos indispensáveis, não observam critérios de criminalização de condutas.[1] Soma- se a isso, o exagerado e indiscriminado uso simbólico do instrumento penal, bem como, o desprezo aos princípios e normas constitucionais, ou seja, uma inconcebível violação das garantias processuais e penais inscritas na constituição. Pune-se, portanto, não para defender a sociedade do mal representado pela criminalidade, através da prevenção geral os especiais de condutas delitivas, mas também para abarcar

1 Cf. Prado, Luiz Regis. Johann M.F.Birnbaum é considerado o responsável pela elaboração do conceito de bem jurídico-penal que rompe com essa visão iluminista, alicerçada na idéia de Anselm von Feuerbach. Segundo este o delito seria uma lesão a direito subjetivo, subordinado assim a um princípio material - a preservação da liberdade individual. Feuerbach esboçava um avanço, pois era uma forma de delimitação da incriminação e do arbítrio estatal, uma vez que o delito deixa de ser visto como uma lesão de um dever para com o Estado. Diferentemente, Birnbaum passa a considerar o delito como sendo uma lesão a bens jurídicos.

uma dimensão extremamente punitivista voltada à grupos socialmente excluídos em do poder econômico (CALLEGARI; WERMUTH, 2010. p. 39).

Não raras vezes, a tal fim, desconhecem-se as reais necessidades de tutela penal como extrema *ratio*, para adotar movimentos políticos-criminais incompatíveis como o estado democrático de direitos e violadores de direitos fundamentais. Sendo assim, devem ser extirpados do ordenamento jurídico tipos penais incriminadores cujo conteúdo servem de expressão a despertar na sociedade civil efeitos persuasivos, hábeis o necessário para impacto emocional e político. Desse modo, para examinar o tipo penal incriminador, o intérprete poderá perquirição acerca do bem jurídico tutelado pena norma, a qual é a base para a determinação de uma ação como típica, que se assenta na relação de necessidade de lesão ao bem jurídico, o que se conclui que não há tipos penais incriminadores dissociados de bens jurídicos (TAVARES, 2002, p. 180).

Registre-se que já não há mais discussão acerca do caráter simbólico do direito penal, sendo assim, imperiosos reconhecer a necessidade de total e drástica diminuição da já conhecida tutela penal tão somente simbólica, dirigida a função de estigmatizar fatos e autores pela via da criminalização, o que levaria, consequentemente, a diminuição do número de figuras delituosas. Somente assim, o sistema penal seria efetivamente dotado de capacidade acessória, realizando sua tarefa de prevenção geral e especial de forma adequada.

Percebe-se, que a tão sonhada desconstrução do discurso penal expansionista e extremamente punitivo é um desafio que impele a proclamação de algumas verdades que a propaganda mediática procura impor a sociedade. Na verdade, o modelo penal conservador busca o recrudescimento das penas e a vingança retributiva, enquanto o modelo penal garantista vislumbra uma funcionalidade potestativa racional, optando pela proporcionalidade, e consequentemente, baseando-se na principiologia penal constitucional, tais como a dignidade da pessoa humana, culpabilidade, humanidade de penas, intervenção mínima e proporcionalidade e outros.

Como se infere da realidade exposta, a pena é uma meio extremo. Neste contexto, são basilares as palavras de Claus Roxin acerca da finalidade do direito penal:

> A intervenção mais radical na liberdade do individuo que o ordenamento jurídico permite ao estado. Sustentando esses preceitos, entende-se que o estado não deva recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não penais (ROXIN, *apud* BATISTA, 2005, p.84)

Ademais, a prática cotidiana mostra que a pena é uma solução imperfeita, devendo ser concebida apenas como ultima ratio, ou seja, o direito penal só deve ser acionado pelo legislador para os casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, enquanto as perturbações mais leves da ordem jurídica devem ser objeto de outros ramos do direito.

De fato, se o fim da pena e fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada. Entretanto, se o fim da pena e evitar o crime cabe questionar a necessidade, a eficácia e a oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa.

DIREITO PENAL COMO ULTIMA RATIO

O principio da subsidiariedade do direito penal, que pressupõe a fragmentariedade, deriva justamente de sua consideração como remédio sancionador extremo, que deve, portanto, ser aplicado apenas quando outro ramos do Direito se sejam ineficientes. Em outra palavras, a intervenção do Direito Penal deve se dar exclusivamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito.

Nesta linha de intelecção, imperioso dizer que no paradigma penal do Estado Democrático de Direito, não há como fugir a uma estreita correlação entre os princípios de caráter constitucional, que ditam não só os direitos e garantias fundamentais, como também a ordem política, econômica e social e, de outro, os bens jurídicos que compõem a ordem jurídico penal (BATISTA, 2005. p. 86)

Há, sem duvidas, um traço de conexão que vincula esse conjunto de valores expressa ou implicitamente revelados pelo modelo constitucional adotado, aos bens jurídicos que são objetos de tutela penal. Isto, não significa que haja entre eles identidade absoluta, mas é inquestionável uma relação de mútua referência.

Vale lembrar, que na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve apresentar-se como a *utima ratio legis*, posicionando-se em último lugar e só atuando quando extremamente indispensável para a manutenção da ordem jurídica estabelecida (PRADO, 1997. p. 57). Ressalta-se que o bem jurídico é protegido penalmente apenas perante certas formas de agressão ou ataque, consideradas socialmente inaceitáveis. Do mesmo modo, somente as ações mais graves dirigidas contra os bens reconhecidamente fundamentais podem ser criminalizados.

Essa orientação permite concluir que em um Estado do Direito Democrático protetivo dos direitos fundamentais “a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto de bem jurídico”, justamente por sua legitimidade perante a ótica constitucional, “quando imprescindível para salvaguardar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade” (ANDRADE, 1997. pp 59-60).

Vê-se, pois, que o controle penal não se legitima por meio de uma intervenção ilimitadamente expansiva, idônea a atingir toda e qualquer conduta humana que possa lesionar ou por em risco bens jurídicos de dignidade jurídico-penal. O direito penal penas pode atuar diante dos ataques mais violentos contra tais bens e sempre que todos os demais controles sociais extrapenais se revelem inertes ou ineficazes na sua salvaguarda.

Cabe ao legislador constitucional derivado, em regra, a relevante tarefa de fazer o juízo aferidor da necessidade de intervenção penal, pois:

> No mundo intrincado da tipologia penal, é ele o personagem principal, o protagonista, o todo poderoso. É ele quem constrói o tecido punitivo. No seu tear, entrecruzam-se, no sentido transversal e longitudinal, os fios desenrolados dos novelos de fatos e de penas. É ele quem observando a carência de proteção penal, elege os fatos ofensivos mais significativos e escolhe as penas que sejam adequadas à danosidade social por eles provocada (FRANCO, 2006, p. 12-13).

Na sua esfera de atuação, estão, portanto, a descrição das ações humanas com palavras minimamente coerentes e a escolha quantitativa de sanções punitivas que tenham ao menos grandeza proporcionada. Cada tipo penal deve possuir um equilíbrio interno, e todo o conglomerado tipológico não suporta nem condutas humanas narradas de modo avaro, derramado ou conflito, nem penas abusivas ou aberrantes.

Exatamente por dispor, nesse contexto, do fantástico poder de compor figuras criminosas e cominar penas, pondo em grave risco o direito de liberdade do cidadão, é que que o legislador comum está balizado expressamente por um princípio constitucional inafastável: o principio da legalidade (art. 5, XXXIX, da CF).[2]

Nesse aspecto, o princípio da reserva legal pressupõe que a intervenção penal deva esta disciplinada pelo domínio da lei stricto sensu, objetivando, desse modo, evitar o exercício arbitrário e ilimitado do poder de punir. Trata-se de uma forma de restrição arbitro das fontes normativas e, sobretudo, de um meio para assegurar a garantia de liberdade pessoal do cidadão, representado um valor que se impõe a todos os responsáveis pela atuação do controle formal.

Interessante ainda mencionar que o protagonismo do legislador na formulação do juízo de necessidade da tutela penal, cedeu espaço nos últimos tempos a uma postura constitucional reconhecidamente intervencionista. A Constituição de 1988 abriu inúmeras possibilidades de proteção penal, de forma que o legislador constituinte se fez passar por legislador ordinário, manifestando em seu lugar, e por vezes de forma fracassada ou inadequada, as escolhas inicriminatórias.

Por fim, e considerando o histórico de decadência do sistema prisional, no que tange as suas funções de controlar a criminalidade e promover a reinserção social do condenado, bem com, os verdadeiros fins que tem exercidos, deve-se lutar por um direito penal mínimo, apto a agir apenas em defesa de bens jurídicos imprescindíveis à convivência pacifica dos homens, e que não possam ser protegidos eficazmente por outros meios.

---

2 O Princípio da Legalidade está preceituado na Constituição Federal de 1988, art. 5°, XXXIX e no Código Penal no art. 1°, que preceitua: Não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal. Para a doutrina dominante, O princípio da legalidade surgiu com o advento da Magna Carta (século XIII), em que barões ingleses impunham suas vontades ao rei João Sem Terra. O princípio se passa a ganhar espaço com o Iluminismo através das Constituições escritas. Com Feuerbach, no início do século XIX, o principio da princípio da legalidade se solidifica com a expressão : *nullum crimen nulla poena sine lege.*

BREVES ASPECTOS DO GARANTISMO PENAL

Verifica-se que o Direito Penal vem se restringindo cada vez mais aos interesses estatais como única forma legítima de solução de combate e prevenção da criminalidade urbana. Nesse contexto, a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajolli merece destaque, visto que sugere exatamente uma atuação eminentemente social, estruturada em um caráter essencialmente procedimental, e totalmente desvinculado das formas tradicionais de observação do fenômeno jurídico (FERRAJOLI, 2002. p. 851. Tradução: Tavares).

Cumpre asseverar que essa orientação que desde algum tempo se conhece por garantismo, nasceu no campo penal como uma possível resposta ao crescente desenvolvimento das políticas criminais que se dizem atuar em nome da defesa de estado de direito e de um ordenamento jurídico democrático. Sendo assim, importante se faz distinguir as traços acepções garantistas desenvolvidas por Ferrajolli, as quais, embora diversa, encontram-se intimamente ligadas.

A primeira acepção designa um modelo normativo de direito, respeitando o direito penal, sobretudo, seu modelo de estrita legalidade, que em um plano epistemológico, se caracteriza justamente pelo uso de poder mínimo. Já no plano político, posiciona-se como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência, maximizando a liberdade no plano jurídico, ou seja, impondo ao Estado a proteção efetiva dos direitos dos cidadãos.

Em uma segunda acepção, propõe Ferrajolli uma teoria jurídica consistente na validade e efetividade como categorias distintas não só entre si, mas também como relação a existência e vigência das normas. Sob esse aspecto, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separado o ser e o deve ser no direito.

A questão central encontra-se precisamente na divergência existente nos ordenamentos completos, entre modelos normativos tendencialmente garantistas, bem como, nas praticas operacionais, tendencialmente anti-garantistas.

No entender de Ferrajolli, o garantismo seria um modelo de direito que se preocupa com aspectos formais e materiais necessários para uma atuação válida do direito. Essa correspondência entre aspectos formais e substanciais, teria a função de efetivamente tornar possível aos cidadãos, todos os direitos fundamentais a eles inerentes.

Por sua vez, a terceira acepção transmite um garantismo filosófico-político, impondo ao direito e ao estado uma carga de justificação externa conforme seus bens e interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos.

Como se pode notar, neste ultimo sentido, o garantismo apresenta uma doutrina laica no que concerne a separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre o ponto de vista interno e o externo na valoração do ordenamento, entre o ser o deve ser do direito.

É de se dizer que tal acepção propõe uma tentativa de aumento das formas de garantia efetiva de direitos, surgindo do normativismo, com o intuito de obter normas

estatais que funcionem como um ponto de partida e, consequentemente, verificando ou não sua compatibilidade frente à realidade social.

Note-se que essas três acepções sugerem positivamente os elementos de uma teoria geral do garantismo, expondo não só o caráter vinculado do poder público em um estado de direito, mas também, a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e, inclusive, um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior. Consequentemente parte para uma distinção entre o ponto de vista ético-político (externo) e o ponto de vista jurídico (interno) e a correspondente divergência entre justiça e validade (FERRAJOLI, 2002. p. 854).

AS FINALIDADES DO DIREITO PENAL

A Política criminal encontra-se intimamente ligada com as finalidades do Direito Penal. A questão que envolve as finalidades do Direito penal pode ser abordada por meio de três diferentes perspectivas (MIR PUIG, 1996, p. 64).

Uma análise, por exemplo, do Direito Penal positivo brasileiro é incapaz de indicar o marco teórico no qual se tenha baseado alguma teoria para os fins do Direito penal, já que sobrevivem normatizações completamente distintas e contraditórias, ou, mesmo, excludentes, em termos de ideologia jurídico-penal.

Primeiramente, portanto, há que se conhecer as finalidades que deveriam ser cumpridas pelo Direito Penal em uma sociedade de construção sociocultural determinada, para, após, concluir-se pela coincidência, ou não, do direito positivo com estas atribuições de fins.

Para tal, faz-se necessária uma base teórico-crítica a instruir a conclusão acerca da legitimidade do Direito Penal. A constituição, por representar o consenso valorativo do grupo social, oferece um respeitável marco, que não somente deve ser consultado, como também, deve servir de guia ao legislador, ao intérprete, ao aplicador e àquele que irá executar os comandos normativos.

Caracterizar o Direito penal em termos de feição e finalidade tem sido tarefa que se destaca, antes de tudo pelas significativas controvérsias que desencadeia. Isto traz, por via de consequência, discussões acerca da legitimidade epistemológica, e propicia, também, que sejam criadas leis sem conteúdos ideológicos contrários, ao sabor do jogo de forças ao qual foi submetido determinado desencontro de opiniões, com total desprezo por princípios já universalmente consagrados.

Nos países que consolidaram um modelo de Estado Social e democrático de Direito, estes problemas encontram-se bastante resolvidos. Também são consensuais os fundamentos do Direito Penal. Sua razão de ser é encontrada na eterna busca pelo melhor viver do homem. Não se pode olvidar, por certo, que o entendimento acerca das condições necessárias para se chegar ao fim colimado vem se alterando e que cada vez alarga-se

mais o seu rol, incluindo- se, hoje, itens que até pouco tempo não frequentavam a pauta de reinvindicações sociais, como é o caso de direito ao meio ambiente sadio. A demanda, no entanto, sempre foi pelo mesmo produto: satisfação do que esteja ao nível de melhor condição de humanidade.

Constituem-se, aliás, em objetivos do Estado brasileiro (art. 3º da Constituição Federal) "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (I), bem como "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (III), além de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação" (IV).

O Direito Penal, como todo ordenamento jurídico, evidentemente, deve se conformar a esses objetivos. Nesse contexto, sobressai o propósito de proteção de bens jurídicos relevantes (1ª finalidade do Direito Penal) entendidos como aqueles bens imprescindíveis para satisfazer as necessidades fundamentais do indivíduo em sociedade.

A origem da teoria do bem jurídico deve-se ao surgimento do Direito Penal liberal concebido pelo iluminismo, a partir da qual a demarcação dos pressupostos para intervenção do Estado, além de ser restringida por aspectos formais (princípio da taxatividade, por exemplo), passou, progressivamente, a assumir funções de autolimitação material. (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 41-42)

A utilização do Direito Penal encontra-se justificada pela capacidade deste instrumento do Estado de diminuir as cotas de violência inseridas nas relações sociais, entendida como lesões graves que abalam substancialmente bens jurídicos relevantes.

Mas não é só. A ausência do Direito Penal remeteria o controle do desvio a um confronto de forças sociais, no qual sucumbiria o mais fraco e, por via de consequência, em inúmeras ocasiões, a Justiça. O poder punitivo, portanto, representa uma amarga necessidade, sem o qual a manutenção de uma convivência minimamente pacífica e organizada não seria possível, ao menos no atual estágio da civilização.

Desta forma, a violência das prováveis contrarreações vingativas é substituída por outra monopolizada por meio de um sistema de dissuasão e pela violência da pena em si. Daqui surge a necessidade de o Estado proteger o indivíduo contra as reações sociais que o próprio crime desencadeia (2ª finalidade do Direito penal). Não obstante a importância de se proteger bens jurídicos, bem como de se prevenir as reações informais, tais funções não são suficientes para legitimar a intervenção punitiva. Um outro papel, também, precisa ser atribuído ao Estado que se pretenda moderno: garantir a aplicação dos princípios, direitos e garantias penais previstos na Carta (3ª finalidade do Direito Penal).

Tal necessidade advém do fato de que o Direito Penal, paradoxalmente, enquanto representa o meio mais incisivo de que se vale o poder instituído para assegurar a pacífica convivência entre os jurisdicionados, equivale também, àquele que mais restringe a liberdade e enfraquece os direitos de segurança e de dignidade. Resta de suma importância, pois que, se busque estabelecer rígidos critérios – representados pelo modelo garantista de Direito Penal – para a intervenção penal.

No tocante à primeira finalidade, aspectos ligados ao bem jurídico pertencem às discussões acerca do merecimento da tutela penal, a qual, juntamente com as categorias necessidade e adequação, compõem as etapas a serem analisadas pelo legislador quando da sua tarefa de criminalização de condutas.

Quanto à segunda finalidade, sua possibilidade de comprimento encontra-se intimamente ligada com a função simbólica do Direito penal correlacionada com as expectativas sociais e com a sua eficácia.

A terceira finalidade vincula-se ao Garantismo, o qual representa concomitantemente, uma bem desenvolvida proposta de política criminal.

Enquanto o liberalismo ficou, com prioridade, as garantias formais, o cada vez mais ostensivo assentamento do ideário do Estado social propiciou uma readequação de metas que, desde então, passou a ser permeada de realizações práticas de garantias. É desta nova concepção de Estado que surge a proposta garantista.

Esta tendência de Política Criminal vem ganhando espaços e conteúdos, a ponto de Jesus-María Silva Sánchez afirmar:

> O garantismo que, partindo da proteção da sociedade através da prevenção geral de delitos, procede a sublinhar as exigências formais de segurança jurídica, proporcionalidade, dentre outros, e acolhe, por sua vez, as tendências humanizadoras, expressa o estado até agora mais evoluído de desenvolvimento das atitudes político-criminais básicas, a síntese dos esforços em prol de um melhor Direito Penal, e constitui a plataforma necessária para abordar de modo realista e progressista os problemas teóricos e práticos do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 1992, 41-42).

Mais do que proposta de política-criminal, o Garantismo, como dito, representa uma finalidade a ser desenvolvida pelo Direito Penal. Esta preocupação – garantia do indivíduo contra a arbitrariedade do Estado – mãe provém, entretanto, do consentimento da maioria.

A terceira finalidade, assim, parece não possuir feição democrática. Por tal razão ela deve ser considerada a partir de fundamentos mais sofisticados. Sua atribuição é eminentemente garantista:

> Garantismo, com efeito, significa precisamente tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, ainda que contra os interesses da maioria, é o fim justificador do Direito Penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e dos castigos, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito, também de sua verdade. (FERRAJOLI, 1995, p. 335-336).

Tal entendimento decorre da concepção de Estado democrático de direito.

A moderna concepção da finalidade do Direito Penal caracteriza-se, portanto, pelo papel de destaque atribuído às considerações garantistas e encontra-se bastante distante da percepção real de como funciona o Direito Penal, já que uma verificação mais percuciente da história obriga a perceber que serviu – e permanece servindo - , o Direito

penal, de instrumento de dominação. Seus mecanismos, por permitirem interferências das mais variadas ordens – o que deveria ser visto como qualidade, por propiciarem o processo de diálogo entre direito e sociedade - , acabaram se transformando em instrumentos de grupos hegemônicos. Estes interesses excludentes estabelecem-se desde o processo legislativo, olvidando os da grande parcelas de excluídos, aos quai se faz sobrar, tão só, a submissão à lei.

É bastante significativa, bem se sabe, a falta de sintonia entre as missões ou finalidades que o Direito penal deveria cumprir e as funções que, efetivamente, por ele são realizadas. A síntese atual, portanto, implica esta contradição.

De toda forma, convém reforçar que não é possível a garantia de um Direito penal absolutamente justo e válido. De acordo com FERRAJOLI, a função do princípio da separação entre direito e moral, acrescida à relatividade dos juízos éticos "derivada da autonomia de cada consciência e do princípio meta-ético da tolerância, impedem que um sistema de proibições penais possa proclamar-se, jamais, objetivamente justo ou integralmente justificado" **(**FERRAJOLI, 1995, p. 335-336**)**

Para o autor, não são concebíveis sistemas jurídico-penais perfeitos, sendo, como são, irredutíveis, tanto a autonomia e a pluralidade dos juízos ético-políticos sobre sua imperfeição. Como a relatividade histórica e política das opiniões legislativas sobre o que se deve proibir. Nem sequer o fato de que estas opções sejam as da maioria basta para garantir sua justiça, sua moralidade, senão somente sua concordância com os valores e interesses dominantes.

Sendo a lei uma produção histórica decorrente das relações de força que lhes são incidentes, ela será a lei possível, não a lei perfeita, talvez nem mesmo a desejável.

CONCLUSÃO

Uma teoria do garantismo além de fundamentar a crítica do direito positivo com relação a seus parâmetros de legitimidade externa e interna, e, também, uma crítica às ideologias políticas e jurídicas, pois, confundem no plano externo a justiça com o direito e, no plano jurídico interno, a validade com a vigência, ou até mesmo o contrário, a efetividade com a validade (FERRAJOLI, 2002. p. 854) .

Vale a importante passagem do Professor Alberto Jorge Correia Barros Lima no sentido de que não haveria problema quanto a definição de novos delitos, levando-se em conta novas situações concretas, inclusive com previsão de sanções mais elevadas, ou até mesmo incrementar as penas e o modo em que será cumpridas tais penas em se tratando de crimes já existentes em realidades distintas, no entanto deve-se ocorrer uma observância dos princípios penais (LIMA, 2008, p. 299).

Assim, o Garantismo constitui uma forma de conciliar a normatividade e a efetividade, infindo não só no campo jurídico, mas também no político, minimizando a violência

e aumentando as margens de liberdade. O Estado, a partir de suas normas, exerceria seu poder de punir em troca da garantia dos direitos dos cidadãos, ou seja, diminuiria a distância entre texto da norma e sua aplicação prática, gerando um sistema mais próximo do ideal de justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.84.

BIANCHINI, Alice. **Política Criminal, direito de punir do Estado e finalidades do Direito Penal**. Material da 1ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós- Graduação Lato Sensu Televirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera- Uniderp – REDE LFG.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoria do garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibanézet al. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria geral do garantismo**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes: São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Crime Hediondo: um conceito Fantasma** à **procura de um legislador Penal**. Boletim IBBCRIM. São Paaulo, abr. 2006, ano 13, nº 161, p. 12-13.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LIMA, Alberto Jorge Barros Correia. **Criminalização e Direitos Fundamentais: Entre a intervenção mínima e a expansão penal**. Revista do Mestrado em Direito, v- 2, n.3, dez 2006. Maceió. Edufal. 2008.

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 4 ed. Barcelona: PPU, 1996,p. 64. PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 2ª Ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J.M. Bosch, 1992.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ªed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

UMA RELEITURA DA POSSIBILIDADE DE ABORTO SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Data de aceite: 03/09/2024

Mónica Romano Martinez Leite de Campos
Professora Associada do Departamento de Direito da Universidade Portucalense (UPT, Porto, Portugal); Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense (Porto, Portugal) Doutorada pela Universidade Paris II (Assas-Panthéon)
https://lattes.cnpq.br/7650524479291502
https://orcid.org/0000-0001-6437-8799

Frederico Luciano Delgado de Faria
Mestre em direito pela Universidade Portucalense (UPT, Porto, Portugal); Especialização em Ciências Jurídico-Políticas e Graduação em Direito pela Faculdade Estácio de Sá
http://lattes.cnpq.br/7034712509488413
https://orcid.org/0009-0008-4938-120X

RESUMO: Este trabalho, consiste na apresentação dos resultados sobre uma pesquisa acerca da criminalização do aborto na ordem jurídica brasileira e sua compatibilidade com o projeto constitucional nacional. A pesquisa foi feita com base na metodologia dialético-dialógica. onde apresenta-se o posicionamento de tribunais nacionais e supranacionais sobre a questão do aborto e sua possibilidade, alinhavando-o com as estatísticas disponibilizadas pela Organização Mundial da Saúde. Por fim, conclui-se que a criminalização do aborto na ordem jurídica brasileira não viola a fundamento da dignidade da pessoa humana inserto no projeto constitucional brasileiro, mas que é necessária uma nova interpretação, para que se admita o abortamento livre, desde que consentido pela gestante, antes da 20ª semana de gravidez e, posteriormente, em casos específicos, autorizados pelo legislador.

PALAVRAS-CHAVE: direito penal; dignidade da pessoa humana; condição de pessoa; aborto; OMS.

A RE-READING OF THE POSSIBILITY OF ABORTION ACCORDING TO THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: This study, here presented, consists in the outcomes of a research about the criminalization of abortion in the Brazilian legal order and its compatibility with the national constitutional project. The research is based on the dialectic-dialogic methodology. It is concluded that the criminalization of abortion in the Brazilian legal order does not violate dignity of the human person as the foundation of constitutional order. However, it is concluded also that a new interpretation is necessary

in order to allow free abortion before the 20th week of pregnancy, and after only in specific cases, authorized by the legal order.
KEYWORDS: criminal law; dignity of human person; status of person; abortion; WHO.

INTRODUÇÃO

O tema do aborto é um campo fértil para discussões. Nos últimos anos, vários casos têm sido apresentados ao Poder Judiciário não só do Brasil, mas do mundo todo e, inclusive, a Tribunais Supranacionais. Os debates envolvem, de modo geral, o bem-estar tanto da gestante quanto do nascituro e se relacionam a finalidades humanitárias e à proteção da dignidade da pessoa humana.

O destaque que o tema recebeu não é, todavia, diretamente proporcional a avanços substanciais, seja na interpretação da legislação vigente, seja na atualização desta. Isso se deve à alta carga de juízos morais que envolvem a discussão e que influenciam os ordenamentos jurídicos nacionais. A título de exemplo, esses posicionamentos morais trazem tanto normas que proíbem o aborto sem qualquer tipo de exceção – o que em geral se deve a doutrinas religiosas – quanto normas que autorizam o aborto até o momento anterior ao nascimento, independentemente de justificativa.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB,1988) atualmente vigente, logo em seu primeiro dispositivo, enuncia os fundamentos do Estado Democrático de Direito que reconhece. E entre eles está a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido se inserem as discussões sobre a interrupção da gestação, travada neste presente trabalho que objetivou apresentar resultados sobre uma pesquisa acerca da criminalização do aborto na ordem jurídica brasileira e sua compatibilidade com o projeto constitucional nacional.

No que se refere à metodologia escolhida para alcançar tal objetivo foi o método dialético, baseado fundamentalmente na discussão dialogada com desenvolvimento de argumentos em constante falseamento, para que o resultado final seja adequado e também consistente. Nesse passo, como já registrado, não se procura uma resposta que se revele como verdade absoluta (um dogma) nem como uma verdade óbvia (um axioma), muito menos se pretende vender a discussão (caso da erística), mas, sim, estabelecer conexões para um diálogo.

Como resultado obteve-se que a criminalização do aborto na ordem jurídica brasileira não viola a fundamento da dignidade da pessoa humana inserto no projeto constitucional brasileiro, mas que é necessária uma nova interpretação, para que se admita o abortamento livre, desde que consentido pela gestante, antes da 20ª semana de gravidez e, posteriormente, em casos específicos, autorizados pelo legislador.

A DISCUSSÃO SOBRE O INÍCIO DA VIDA: ESTATÍSTICAS E CASOS

A discussão sobre o aborto é, por tabela, uma discussão sobre o início da vida. A OMS, segundo seus levantamentos estatísticos, destaca, que as leis que restringem a prática do aborto não contribuem para reduzir a sua prática. Em países cujas leis proíbem o aborto ou apenas permitem que ele seja realizado para salvar a vida ou a saúde física da mulher, apenas 25% dos abortos são seguros, ao passo que nos países cujas leis autorizam a sua prática 90% são seguros.

Tais informações partiram através do relatório da OMS "Health worker roles in providing sage abortion care and post-abortion contraception", realizado no ano de 2015, no qual se evidenciou que mesmo diante de intervenções seguras e eficazes, a média anual de abortos inseguros é de quase 22 milhões, o que contribui deveras para os altos índices de mortalidade e de morbidade materna. O motivo para que tais números permaneçam é um conjunto de barreiras normalmente associadas à política nacional sobre o abortamento, como a falta de pessoas treinadas, estigmas, questões regulatórias e políticas, entre outras[1].

A mesma OMS "possui um Manual de prática clínica para aborto seguro"[2]. Informações relevantes sobre a prática do aborto podem ser encontradas nesse documento. Como se extrai do guia, há dois tipos de procedimentos abortivos: um medicamentoso, que é denominado "aborto médico", e um por cirurgia, chamado "aborto cirúrgico".

O aborto médico é um procedimento que envolve várias etapas e consiste na ministração de dois medicamentos (mifepristone e misoprostol) e/ou de múltiplas doses de apenas um deles (misoprostol), sendo mais efetiva a associação. Aconselha-se que ele seja realizado no máximo até a 12ª semana, embora possa ser realizado após o primeiro trimestre da gestação.

O aborto cirúrgico, por sua vez, não é recomendado quando a gravidez tiver menos de 12 semanas de duração e é realizado mediante uma cirurgia cervical associada à administração de misoprostol até a 19ª semana, utilizando-se dilatadores osmóticos, preferencialmente, a partir da 20ª semana. Nota-se, portanto, que a ONU admite a possibilidade de aborto após a 20ª semana.

No documento *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems*, a OMS apresenta informações, atualizada até 2019, com um resumo dos motivos pelos quais o aborto é admitido no mundo em função da localização do país. Foram compilados sete motivos, que aparecem na seguinte ordem: para salvar a vida da gestante, para preservar a saúde física da mulher, para preservar a saúde mental da mulher, decorrente de estupro ou incesto, deficiência do feto, questões econômicas ou sociais, a pedido.

---

1 WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Health worker roles in providing safe abortion care and post-abortion contraception*. 2015, p. 3. [consult. 02 out. 2020] Disponível na Internet: <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/812804/retrieve>.
2 WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Clinical practice handbook for safe abortion*. 2014. [consult. 02 out. 2020] Disponível na Internet: <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/454713/retrieve>.

O documento mencionado anteriormente, disponibilizada pela OMS em 2019, permite identificar alguns países onde o aborto é proibido sem exceção, a saber: El Salvador, Nicarágua, Suriname, Haiti, República Dominicana, Gabão, Madagáscar, Honduras, Mauritânia, Congo, Senegal, Filipinas, Palau, Andorra, Vaticano, San Marino, Malta, Líbia, Sudão do Sul, Afeganistão, Bangladesh, Guatemala, Myanmar, Paraguai, Síria, Venezuela, Iêmen e Sri Lanka[3].

Em El Salvador, a prática do aborto, em qualquer uma de suas modalidades, é tipificada como crime e não admite causas de exclusão. Há diversos casos famosos na literatura, aqui foi escolhido um deles, que chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)[4]. Com 22 anos de idade, uma mulher, B, foi internada no Hospital Maternidade Dr. Raúl Arguello Escalón em El Salvador. O seu prontuário identificava a existência de uma grave patologia (lúpus eritematoso discoide agravado por nefrite lúpica) e gravidez de anencéfalo.

Na época em que a gestante contava com 13 a 15 semanas de gravidez, o Comitê Médico do Hospital se manifestou pelo aborto, uma vez que antes da 20ª semana o risco de complicações é menor. Ao contrário, a partir da 20ª semana são maiores os riscos de hemorragia obstétrica grave, agravamento da patologia, falhas renais, pré-eclâmpsia grave, infecções e morte da mãe.

O caso foi levado à Corte Suprema de Justiça de El Salvador, tendo o Ministério da Saúde informado ao órgão jurisdicional que a situação era mesmo de aborto e urgente. A Organização Pan-Americana de Saúde, por meio do órgão responsável, também se manifestou pelo aborto. O Diretor do Hospital Maternidade corroborou a necessidade de aborto. O Instituto Médico Legal foi o único dos especialistas que opinou pela não interrupção da gravidez.

Como se tratava de caso urgente e estando a gestante com cerca de 18 semanas e não tendo a Corte Nacional decidido, foi interposto um recurso de amparo para proteger os direitos da gestante. Cerca de duas semanas depois, o Tribunal Nacional julgou improcedente a possibilidade de aborto (20ª semana).

A decisão do Tribunal salvadorenho foi contestada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que foi acionada para que o Estado decidisse o caso. A decisão nacional salvaguardou os direitos do nascituro, cuja probabilidade de sobrevivência extrauterina era praticamente inexistente, em detrimento dos direitos da gestante. Com isso, em B v. El Salvador, a CIDH (2013) deferiu, com base no artigo 63.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), medida cautelar para autorizar o aborto, na 26ª semana de gestação, uma vez que todas as evidências médicas contribuíam para tal escolha, sem responsabilização criminal dos médicos.

3 Cf. MARTÍNEZ-RODAS, Oscar Ramón, GONZÁLES-CASTRO, Gloria Mercedes, PARODI-TURCIOS, Karla Isabel. Eficacia del misoprostol como tratamiento en abortos menores a 12 semanas. Hospital Materno Infantil Mayo-Julio 2019. *Revista Internacional de Salud Materno Fetal*. vol. 5, n. 1, p. 11-17, 2020, p. 12.

4 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso B v. El Salvador*. MC 114/13. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013. Medidas Provisionales respecto de El Salvador. Asunto B. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf>.

A OMS, destaca ainda alguns países que, em regra, vedam o aborto, mas admitem, em certos casos sua realização, bem como explicita justificações admitidas, tais como: questões econômicas ou sociais, deficiência fetal, estupro, incesto, deficiência mental ou cognitiva da gestante, preservar a saúde mental da mulher, preservar a saúde física da mulher ou questões gerais sobre saúde.

O caso mais comum entre os admitidos para justificar o aborto é o de grave prejuízo à saúde da mulher, o que, necessariamente, inclui o risco de morte caso a gravidez seja levada adiante. Nesse sentido, por exemplo, o “Caso Tysiąc v. Polônia”, em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) apreciou o caso de uma polonesa grávida cujos laudos médicos comprovavam que a continuidade da gestação implicaria na piora de sua saúde, inclusive com grave risco para sua visão[5].

O hospital fora notificado e, apesar dos laudos, negou o aborto. Após o nascimento, a mãe teve hemorragias na retina, o que prejudicou sobremaneira sua visão. Em razão disso, a gestante apresentou uma queixa criminal contra o chefe do Departamento de Ginecologia e Obstetrícia do Hospital, tendo TEDH julgado procedente o pedido para condenar à indenização. É dizer, o TEDH entende, assim como já havia firmado no “Caso A, B e C v. Irlanda”[6], e em consonância com a CIDH, que havendo prejuízo grave à saúde da gestante, pode-se realizar o aborto.

Por exemplo, tanto na Argentina[7], pela decisão da Suprema Corte de Justiça da Nação, quanto no Chile[8], pela decisão do Tribunal Constitucional, firmou-se que a distribuição de pílulas contraceptivas de emergência, devido ao seu caráter abortivo, não seria autorizada. No caso argentino, a Corte debruçou-se sobre o momento do início da vida, concluindo-se que o momento adequado seria o da fertilização, razão pela qual a fabricação, comercialização e distribuição de pílula do dia seguinte não podem ser autorizadas. No caso chileno, o Tribunal reconheceu ao nascituro o status de pessoa, desde a concepção.

É válido destacar que a Argentina no ano de 2020 obteve a aprovação da legalização do aborto, a partir da Lei n.º 27.610, que dispõe acerca do acesso à interrupção voluntária da gravidez e preconiza, entre outras coisas, a obrigação de oferecer cobertura integral e gratuita. Entrando, assim, em vigor por todo o território argentino em 24 de janeiro de 2021[9].

---

5 TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Tysiąc v. Polônia*. Application no. 5410/03. Sentença de 20 de março de 2007. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-79812%22]}>.

6 TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso A, B e C v. Irlanda*. Application no. 25579/05. Sentença de 16 de dezembro de 2010. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102332%22]}>.

7 ARGENTINA. *Sentença de 5 de março de 2002. Corte Suprema de Justiça da Nação*. P. 709, XXXVI. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=516601&cache=1527630605077>.

8 CHILE. *Sentença Rol 740-07, de 18 de abril de 2008.* Tribunal Constitucional. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=914>.

9 Lei 27.610/21. Argentina. Disponível em: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2020_ley27610_arg.pdf.

A Costa Rica segue o mesmo exemplo do Chile, ou seja, o embrião humano é considerado pessoa desde a concepção, embora não para fins de ser sujeito passivo de crime[10]. Todavia, ao contrário do Chile que só admite aborto nos casos de estupro, a Costa Rica só admite para preservar a saúde da gestante.

Em 2017 o Tribunal Constitucional do Chile declarou constitucional uma lei que descriminaliza hipóteses de interrupção voluntária da gravidez em casos de estupro, a inviabilidade do feto, ou de risco de morte da gestante. Logo, o reconhecimento de causas de exclusão, excepcionais e delimitadas, é possível no ordenamento chileno.

No Brasil, o aborto também é usualmente proibido, mas o legislador o admite, a exemplo dos demais países sul-americanos, que em certos casos, como risco de morte da gestante e estupro. Além desses, a jurisprudência nacional, conforme decisões proferidas pelo STF, admite o aborto se inviável o embrião humano, por analogia à constitucionalidade da Lei 11.105/2005 de Biossegurança[11]; em casos de gravidez indesejada até a 12ª semana; e em casos de anencefalia a partir da 12ª semana[12], quando é possível detectar qualquer patologia que impeça a vida extrauterina.

Por fim, os países em que o aborto é liberado, até um determinando momento do curso da gestação são: Canadá que possui regiões que admitem a qualquer época e outras que admitem apenas até a 15ª, 19ª ou 20ª semana de gestação. Na Austrália a situação é a mesma, havendo regiões que admitem sem limitação, regiões que não admitem e entre as que limitam fixam no máximo até a 24ª semana. E também no Reino Unido.

Não há uma uniformidade de causas justificantes, mas, compilando, elas podem se referir a questões como falta de renda ou de condições financeiras para criar uma criança, falta de condições mentais para se ter uma criança, inviabilidade do feto, risco de morte para a gestante, estupro, má formação ou anormalidades do feto, questões médicas, danos graves à saúde física ou mental (psicológica) da mãe, falha dos meios contraceptivos (no caso de mulheres casadas).

Há que se notar, entretanto, que na maioria dos países que são liberais em relação ao aborto, é estabelecido um período máximo dentro da gestação para que ele seja realizado, impõem condicionantes. É o caso da Alemanha[13]. De acordo com o Tribunal Constitucional Federal, o aborto deve ser precedido de recomendação específica, uma

10 COSTA RICA. *Sentença 442, de 7 de maio de 2004*. Corte Suprema de Justiça. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.poder-judicial.go.cr/saladecasacionpenal/images/jurisprudencia/sentencias/2004/0442-04.DOC>.

11 BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF.* Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Ayres Britto. Plenário. Brasília, 29/05/2008. Disponível na Internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 24 set. 2020.

12 BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF*. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. Brasília, 12/04/2012. Disponível na Internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 24 set. 2020.

13 ALEMANHA. *Sentença de 25 de maio de 1975*. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 39,1. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>; ALEMANHA. *Sentença de 28 de maio de 1993*. Tribunal Constitucional Federal. 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, and 2 BvF 5/92. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/fs19930528_2bvf000290en.html>.

vez que o nascituro é entendido como um ser humano independente, constitucionalmente protegido, obstando-se, portanto, a livre escolha da gestante não respaldada medicamente.

A necessidade de prévia recomendação não pode ser tal que torne a possibilidade de realização do aborto uma ilusão. Foi o que decidiu a Suprema Corte do Canadá[14], ao julgar o *Caso R. v. Morgentaler*. Nesse precedente, médicos que faziam a defesa pública do aborto como direito soberano da mulher, independentemente do rito fixado pela lei canadense, foram absolvidos. Segundo o Tribunal, admitida a possibilidade do aborto pelo constituinte, não pode o legislador restringir indevidamente o exercício do direito pela gestante. No mesmo passo, a Eslováquia[15], em decisão proferida por seu Tribunal Constitucional.

Parece ser, portanto, uma recomendação geral a existência de condições prévias, desde que elas não impeçam a realização do procedimento. A propósito disso, nos Estados Unidos da América (EUA), a Suprema Corte julgou seis casos que merecem destaque, porque dimensionam esse ponto de vista. Em *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, julgado em 2016[16], decidiu, na mesma linha da Eslováquia e do Canadá que o direito ao aborto não poderia ser suprimido por regulamentações que fossem demasiadamente burocráticas.

Em complemento, a Corte fixou em *Gozales v. Carhart*, de 2007[17], que os procedimentos não poderiam ser desumanos, o que segue o seu entendimento firmado em Stenberg v. Carhart, de 2000,[18] e em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, de 1992[19], de que a legislação não pode impor ônus indevido ao direito de escolha da gestante, desde que respeitado o precedente firmado em Roe v. Wade, de 1973[20], pelo qual se estabeleceu que o Estado só pode regulamentar a prática do aborto após a 12ª semana de gestação, com a observação de que nos EUA o feto só é considerado pessoa quando demonstrada a sua sobrevivência extrauterina, sendo suficiente, como firmado também em 1973, em *Doe v. Bolton*[21], a decisão médica.

No mesmo sentido, a maioria dos países que são liberais quanto ao aborto. Como é o caso da França, que, em geral, admite que seja feito até a 12ª semana de gestação. Há,

---

14 CANADÁ. *Sentença de 1998*. Suprema Corte do Canadá. R. v. Morgentaler. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>.

15 ESLOVÁQUIA. *Decisão PL.ÚS. 12/01, de 4 de dezembro de 2007.* Tribunal Constitucional. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/992296/1_07a.pdf/88e635ba-300a-4cf3-a71b--99ecfe2c8e54>.

16 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 27 de junho de 2016*. Suprema Corte. Whole Woman's Health v. Hellerstedt. [consult. 26 set. 2020] Disponível na Internet: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/15-274.html>.

17 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 18 de abril de 2007*. Suprema Corte. Gonzales v. Carhart. [consult. 26 set. 2020] Disponível na Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/124/opinion.html>.

18 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 28 de junho de 2000*. Suprema Corte. Stenberg v. Carhart. [consult. 26 set. 2020] Disponível na Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/914/case.html>.

19 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 29 de junho de 1992*. Suprema Corte. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey. [consult. 27 set. 2020] Disponível na Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>.

20 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 22 de janeiro de 1973a.* Suprema Corte. Roe v. Wade. [consult. 27 set. 2020] Disponível na Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>.

21 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 22 de janeiro de 1973b*. Suprema Corte. Doe v. Bolton. [consult. 27 set. 2020] Disponível na Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/179/case.html>.

todavia, casos que autorizam a interrupção médica da gravidez após o primeiro trimestre, podendo ser feita até ao nono mês, desde que o nascituro possua doença incurável ou haja risco para a saúde da gestante[22].

Na Irlanda do Norte[23], a autorização para o aborto é apenas em casos de saúde. O entendimento de sua Suprema Corte é interessante. Segundo ela, o aborto é legal nos casos de risco real e substancial à vida da gestante, mas que deveria ser realizado fora do país.

Em razão disso, três mulheres residentes no país, que engravidaram sem intenção de fazê-lo, peticionaram ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) para contestar a possibilidade de realização do aborto em solo irlandês, bem como a falta de acompanhamento à sua saúde na Irlanda após a realização de aborto no exterior.

No *Caso A, B e C v. Irlanda*[24], o TEDH decidiu que a legislação proibitiva da Irlanda deveria ser observada, à exceção dos casos em que houvesse risco real e substancial à vida da gestante cujo único tratamento dependeria da interrupção da gravidez.

Toda essa análise permite concluir que, apesar de haver muitos países ainda com proibição total e de que os poucos com vedação parcial, há uma tendência, em especial a partir das informações fornecidas pela OMS de que haja a legalização, ainda que parcial, do aborto.

Dignidade da pessoa humana

As funções de uma Constituição, segundo ensina Julio Siqueira, podem ser resumidas, historicamente, a três: organização do Estado, divisão do poder e limitação ao exercício do poder.[25] Os direitos compõem o grupo das limitações, o que pode ser extraído, também, da lição de Paulo Bonavides, para quem os direitos têm como principal objetivo a proteção da sociedade, dos indivíduos e do ambiente em que eles vivem.[26]

A dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado brasileiro, não perde o seu *status*, porém, de princípio máximo dos Estados Democráticos de Direito atuais. Afinal, como recorda Fábio Konder Comparato, a dignidade não pode ser vista senão como um atributo intrínseco do ser humano, que o acompanha, portanto, desde quando apareceram os primeiros hominídeos, mas cujo reconhecimento e proteção é recente.[27]

---

22 DRECHSEL, Denise. Afinal, a França aprovou ou não o aborto até 9 meses de gravidez? Entenda. *Gazeta do Povo*. 11 de agosto de 2020. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/afinal-a-franca-aprovou-ou-nao-o-aborto-ate-9-meses-de-gravidez-entenda/>.

23 IRLANDA DO NORTE. *Decisão de 30 de novembro de 2015*. Corte Superior de Justiça. The Northern Ireland Human Rights Commission's Application [2015] NIQB 96. [consult. 28 set. 2020] Disponível na Internet: <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2016/03/Termination-of-Pregnancy.pdf>.

24 TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso A, B e C v. Irlanda*. Application no. 25579/05. Sentença de 16 de dezembro de 2010. Disponível na Internet: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102332%22]}>. Acesso em: 25 set. 2020.

25 SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. A ideia de Constituição: uma perspectiva ocidental – da Antiguidade ao Século XXI. *Cuestiones Constitucionales*. vol. 34, 2016. Disponível na Internet: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919316300063>. Acesso em: 13 out. 2020.

26 BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados*. n. 40, 2000. [onsult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103=40142000000300016-&lng=pt&tlng=pt>.

27 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

Luís Roberto Barroso recorda que desde a Antiguidade Clássica greco-romana até a crise do Antigo Regime não se pode enxergar a dignidade senão como "[...] um conceito associado ao status pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições".[28] É deveras interessante, nesse sentido, que embora atualmente pareça um tanto quanto indevido a dignidade era utilizada para se referir não apenas a pessoas, como também havia o seu uso para instituições e funções públicas, com o mesmo significado de autoridade ou importância.

É possível afirmar diante disso, ao lado de diversos outros juristas, que estudam a história, as características e as relações da dignidade da pessoa humana, como é o caso de Maria Celina Bodin de Moraes[29], Antonio Junqueira de Azevedo[30] e Peter Häberle[31], que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana nas Constituições nacionais e nos documentos internacionais não é uma criação deles, mas sim algo que, mesmo cultural, é muito anterior, apesar de não se poder fazer a confusão com a origem da expressão *dignitas homini*.

Não se deve, portanto, reduzir a dignidade ao seu reconhecimento e proteção formal, uma vez que apenas eles são recentes na história da humanidade, tendo aparecido com maior vigor no pós-Segunda Grande Guerra, depois das terríveis experiências permitidas em campos de concentração, como recordam Ana Paula de Barcellos[32] e Luis Roberto Barroso[33]. Com a superação dos totalitarismos, observou-se, então, a aproximação do direito com a moral, o que foi um campo fértil para o florescimento da dignidade da pessoa humana como fundamento de muitas ordens democráticas no mundo, logo, a essencialidade da dignidade da pessoa humana é um consenso entre os Estados democráticos de direito,

Como se intui facilmente a partir da leitura da CFRB/1988, a dignidade da pessoa humana é um princípio não na acepção que o distingue de regras e, sim, naquela que o coloca como fundamento da ordem constitucional brasileira. É por isso que, apesar do título sob o qual se encarta o artigo 1º, inciso III, a opção pela natureza de fundamento do Estado brasileiro, que o constituinte originário lhe deu se revela adequada. Mas não é só.

Há uma discussão entre os juristas que é tão profícua quanto inconclusiva segundo a qual as normas jurídicas se distinguem entre regras e princípios. Essa perspectiva é normalmente atribuída a Alexy, para quem as regras exigem o seu cumprimento pleno, só podendo ser

28 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 13.

29 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

30 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 97, 2002, p. 107. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>.

31 HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 116-118.

32 BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 126.

33 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 18-19.

cumpridas ou não, ao passo que os princípios não têm a mesma exigência, porque admitem graus de otimização conforme as possibilidades fáticas e jurídicas de sua aplicação.[34]

Logo, se é verdade que a dignidade se constitui como norma jurídica de atestada superioridade hierárquica e sistemática, como apontam Mariano Garcia Canales[35] e André Ramos Tavares,[36] então, por uma questão de lógica, não se lhe pode atribuir, dentro da teoria que distingue os tipos de norma jurídica, nem a natureza de princípio, nem a de regra, porque isso equivaleria a lhe retirar tal superioridade. Contudo, isso não significa que a dignidade da pessoa humana não seja aplicada como regra. Ela é, mas dentro da teoria que considera sinonímias regra e norma jurídicas, o que permite a sua classificação como uma regra absoluta, ainda que não seja um dogma nem um axioma.

Portanto, pode-se afirmar que a dignidade é, dentro do projeto constitucional do país, um atributo inerente ao ser humano, mais exatamente à pessoa humana. Desta forma, deve-se apurar o conceito jurídico de pessoa humana. Portanto, a função da dignidade da pessoa humana no projeto constitucional nacional é o de reconhecer ao ser humano uma característica (a dignidade) que é anterior à sua capacidade e à sua personalidade, e, assim, ao seu nascimento com vida, razão pela qual, se pode dizer que, no Brasil, o nascimento com vida não define o início da vida da pessoa humana.

A legitimidade do aborto na ordem jurídica brasileira

O ordenamento jurídico brasileiro firma a existência de pessoa antes da aquisição de personalidade civil, a qual, por sua vez, somente surge com o nascimento com vida da pessoa (art. 2º, primeira parte, do Código Civil). Nesse passo, como a condição de pessoa é anterior ao nascimento, é de se concluir que a aquisição desse status surge em algum momento da gestação, no caso em tela, partir da 20ª semana de gravidez.

Ponto este evidenciado no artigo 2º do Código Civil que, quando interpretado conforme a Constituição Federal do Brasil de 1988, considerando a perspectiva biológica já ultrapassada de que o nascituro seria viável desde a concepção. Assim, o constituinte exige que se constitucionalize a interpretação, o que resulta em duas diretrizes.

Na primeira tem pautada a existência da pessoa antes do nascimento com vida e desde então esta já adquire personalidade civil; a segunda é a de que a lei protege os direitos do nascituro tão somente a partir do momento em que ele pode ser considerado pessoa humana, exatamente por força do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

---

34 ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*. n. 5, 1988, p. 143-144. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191689/mod_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto%202%29.pdf>; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008, p. 575.

35 GARCIA CANALES, Mariano. Principios generales y principios constitucionales. *Revista de Estudios Políticos (nova época)*. n. 64, 1989, p. 149. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27029>.

36 TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 24.

Para demonstrar isso, parte-se da teoria da ponderação ou balanceamento – esclarecida na sequência – para identificar os parâmetros utilizados pelo legislador brasileiro e compará-los com a interpretação constitucionalmente adequada sobre o início da vida humana e aquisição do status de pessoa.

A Teoria da Ponderação

A teoria da ponderação ou do balanceamento é argumentativa. De acordo com Ana Paula de Barcellos, ela se fundamenta na percepção de que "[...] o aplicador do direito, sobretudo o magistrado, não pode valer-se de argumentos ou razões que apenas façam sentido para um grupo, e não para a totalidade das pessoas".[37] Isso significa que ao realizar escolhas ou tomar decisões, públicas ou privadas, o uso do expediente ponderativo é imprescindível para um resultado adequado.

A tese do balanceamento, segundo Robert Alexy, parte do entendimento de que os direitos constitucionais (fundamentais) pertencem a uma classe de normas jurídicas que restringem e direcionam o exercício do poder público, as quais podem vir a ser construídas de duas maneiras, estritamente como regras e abrangentemente como princípios.[38]

Logo, a ponderação é, a princípio, um procedimento afeto à aplicação de princípios, não de regras. Portanto, o primeiro passo para a aplicação de normas jurídicas sempre é o procedimento de subsunção, por meio de uma estrutura dedutiva com a aplicação de um padrão lógico:[39] quando fatos descritos na parte fático-hipotética de uma norma jurídica acontecem no mundo concreto (por exemplo, o cometimento de um homicídio), deve acontecer uma conduta positiva ou negativa descrita no consequente daquela norma (isto é, não cometer homicídio), mas se o prescrito não ocorrer (for praticado o homicídio) e essa conduta for observada por uma autoridade competente, uma sanção institucionalizada deve, teoricamente, ser aplicada (pena privativa de liberdade).

Segundo Alexy, se uma constituição assegura determinados direitos fundamentais, então as decisões jurídicas que restringirem a liberdade dos indivíduos devem ser entendidas como interferências nesses direitos, as quais tão somente são admissíveis se justificáveis, o que significa, necessariamente, dizer que elas são proporcionais. Logo, juízos de proporcionalidade pressupõem balanceamento.[40]

Arthur Sanchez Badin destaca que o juízo de ponderação abrange tanto os fins a serem perseguidos quanto os meios que devem ser utilizados.[41] Em ambas as fases, deve-se optar pelo que for adequado. Por exemplo, se em determinada situação ficar

37 BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 277.

38 ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*. vol. 16, n. 2, 2003, p. 131. Disponível na Internet: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

39 ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*. vol. 16, n. 4, 2003, p. 435.

40 ALEXY, ref. 129, p. 436.

41 BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 12.

evidenciado que o aborto é necessário porque adequado para o caso da gestante, devem ser utilizados os meios adequados para garantir o seu bem-estar e, assim, preservar a sua dignidade enquanto pessoa humana.

A ponderação enquanto procedimento argumentativo fundamenta-se em três pilares-chave: a razoabilidade, a proporcionalidade e a racionalidade. Isso evidencia que a ponderação e a proporcionalidade não se confundem, muito embora Alexy afirme, ao contrário do que é aqui adotado,[42] que o balanceamento é uma fase do princípio da proporcionalidade.

Ponderação e racionalidade

A racionalidade, conforme recorda Cristiano Carvalho, é instrumental, porque trabalha com a adequação dos meios a serem utilizados com os resultados que se busca alcançar.[43] Nesse passo, a racionalidade contribui para a realização de uma escolha consistente e adequada, a qual deve ser necessariamente feita por um especialista. Do contrário, seria demasiado alto o risco de não se interpretar corretamente todas as informações existentes e de não se utilizar os recursos disponíveis e adequados.

Ana Paula de Barcellos observa que "[...] toda decisão humana minimamente racional envolve algum tipo de ponderação".[44] A discricionariedade é, nesse tipo de caso, mínima, porque os critérios a serem avaliados pelo médico devem ser o máximo objetivos possíveis, ainda que variem entre gestantes. Isso porque não apenas o interesse particular está em jogo, mas também o interesse público, uma vez que se tem por escopo tanto o bem-estar da gestante (interesse privado) quanto o não cometimento de conduta penalmente tipificada (interesse público).

Por exemplo, no caso do aborto de feto anencéfalo, ainda que exista forte evidência científica de que o nascituro tem baixíssima expectativa na vida extrauterina, é necessário colocar na balança se a interrupção da gravidez será mais benéfica à gestante que o falecimento de seu filho após nascido. Nesse tipo de caso, tem-se que a ponderação evidencia a existência de prioridade de uma determinada norma reconhecedora de direito em detrimento de outra, em função da ausência de possibilidade de que ambas convirjam ou coexistam na situação.

É notável que no caso da opção pelo aborto não há uma preferência do direito da gestante em detrimento de eventuais direitos do nascituro. José Emílio Medauar Ommati recorda que todo conflito entre direitos reconhecidos por normas jurídicas é meramente aparente, porque "[...] na situação concreta é possível perceber quem tem o direito e quem não tem".[45]

---

42 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 110.

43 CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 55.

44 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1.

45 OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014a, p. 47 e 50.

José Sérgio Cristóvam adota essa mesma perspectiva sobre a utilização sem freios do procedimento ponderativo. O autor postula que a teoria da ponderação, uma vez consolidada, permite uma elaboração de um modelo de Estado de ponderação que, indiscutivelmente é dinâmico, aberto e pluralista. Todavia, é fundamental que se possa, atenciosamente, rever as questões das incertezas jurídicas, isto é, não se pode admitir que do paradigma ponderacionista resulte um insuprimível espaço dessas incertezas, "de diuturna e casuística relativização de direitos, com a progressiva corrosão das noções de legalidade e segurança jurídica e o consequente deficit de estabilidade social, política e econômica da comunidade." A racionalidade da doutrina está exatamente aí, em se evitar que a ponderação se torne um remédio único aplicável a todos os males.

Ponderação e razoabilidade

No curso dessa argumentação, o procedimento deve se construir, ainda, sobre dois outros pilares: o da razoabilidade e o da proporcionalidade. Esses pilares, apesar de se encontrar na doutrina e mesmo na jurisprudência o equivocado entendimento de que são coincidentes, deve-se destacar que, embora exista uma proximidade, não há equivalência.

Observa-se, conforme Virgílio Afonso da Silva que a irrazoabilidade, em relação às exigências dos testes da regra da proporcionalidade é bem menos intenso, destina-se, inclusive, meramente ao afastamento de atos demasiadamente irrazoáveis. E esse afastamento identitário entre os termos fica mais explícito durante o debate da Human Rights Act de 1998 na Inglaterra, quando o Partido Conservador Britânico anuncia, em sua convenção que caso vença a eleição revogaria os direitos humanos, uma ação irrazoável, ao extremo.

A partir desta convenção originou-se um interesse perceptível da doutrina jurídica inglesa no que se refere à aplicação de regra da proporcionalidade. Hodiernamente, se discute qual o papel que a regra da proporcionalidade deverá desempenhar em concordância ao princípio de irrazoabilidade, demonstrando que não são termos sinônimos, pois se fossem, esta discussão seria dispensável.

Um ponto crucial a se destacar é que nem sempre um ato desproporcional será irrazoável "pelo menos não nos termos que a jurisprudência inglesa fixou na decisão Wednesbury, pois, para ser considerado desproporcional, não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo."[46]

De acordo com Virgílio Afonso da Silva algumas situações na Corte Europeia de Direitos Humanos demonstram ações nas quais há uma decisão pela proporcionalidade de uma medida mesmo admitindo sua razoabilidade. Ratificando a assertiva, atualmente, na Suprema Corte dos Estados Unidos existe uma associação entre proporcionalidade e razoabilidade em sua jurisprudência, baseada no que chamam de *substantive due process*, algo próximo ao que o STF, aqui no Brasil costuma também fazer.

46 Ibidem.

A razoabilidade, seguindo esse rumo, refere-se, como aduz Jane Reis Gonçalves Pereira, a "[...] juízos de ordem substantiva que transcendem à análise da relação entre fins e meios e à correlata verificação de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das restrições a direitos".[47]

Logo, como sublinha José Emílio Medauar Ommati, "[...] a razoabilidade é um dos elementos da proporcionalidade, com essa não se confundindo".[48] Portanto, pode-se dizer que a razoabilidade é um elemento que vai sinalizar para o intérprete se o juízo de proporcionalidade será necessário ou não. Isso quer dizer que o seu propósito é verificar se os bens e/ou interesses cuja ponderação é requerida são, de fato, opções cujo balanceamento é necessário.

Ponderação e proporcionalidade

A proporcionalidade, como lembra Jane Reis Gonçalves Pereira, também possui intimidade estreita com o procedimento de ponderação.[49] Na verdade, ela é parte integrante dele, embora, como destacado anteriormente, nem sempre ela seja necessária. Mesmo que haja toda uma estrutura social montada para a prevalência da perspectiva capitalista, isso não quer dizer, que os direitos positivos não possam prevalecer sobre os direitos negativos, ou seja, que alguma manifestação da liberdade não possa dar lugar a um determinado direito social, como a saúde ou a educação.

Aliás, um exemplo muito relevante surgiu em 2020, com a crise sanitária gerada pela pandemia do novo coronavírus, tendo o Estado, acertadamente, estabelecido medidas restritivas ao exercício de liberdades para proteger um bem social – porque público ou coletivo –, que é o caso da saúde.

Alexy registra que a necessidade opera da seguinte forma: se houver mais de uma maneira pelas quais a efetivação de um interesse é possível, deve-se adotar aquela que menos restringir o interesse apontado como colidente, ou seja, tem a ver com a intensidade com a qual um interesse é afetado para que outro seja realizado.[50]

Jane Reis Gonçalves Pereira afirma que a etapa se assemelha à "[...] a noção de proibição de excesso, impondo uma análise comparativa entre os diversos meios que podem auxiliar no atendimento à finalidade buscada, a fim de que se eleja aquele que for menos gravoso para o direito afetado".[51]

---

47 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos de razoabilidade e de proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 162.

48 OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014b, p. 125.

49 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos de razoabilidade e de proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 163.

50 ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. vol. 22, n. 66, set./dez. 2002, p. 28-29. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>.

51 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos de razoabilidade e de proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do*

O juízo de proporcionalidade em sentido estrito tem como propósito, enfim, verificar se, na prática, é possível restringir um direito para se alcançar uma finalidade decorrente de outro direito, ou, em outros termos, se o direito-fim pode determinar a restrição do direito-meio.

NO BRASIL, O ABORTO É PERMITIDO: DISCUTINDO O PONTO CENTRAL

A definição de aborto utilizada no presente trabalho é idêntica à da OMS, que, como recordam Martínez-Rodas, Gonzales, Carrasco e Parodi, consiste na "[...] expulsão uterina de um embrião ou de um feto de menos de 500 gramas, o que corresponde a uma idade gestacional de 20 a 22 semanas" [52]. A definição técnica não afasta, porém, a percepção moral normalmente associada à questão do aborto.

Luís Roberto Barroso destaca, nesse sentido, que "a interrupção voluntária da gravidez é uma questão moral altamente controvertida em todo o mundo", de modo que "as legislações dos diferentes países vão da criminalização e da proibição completa até o acesso praticamente irrestrito ao aborto"[53]. Com efeito, a afirmação é verdadeira, como se apurou no primeiro capítulo (item 1.2).

Além disso, as estatísticas sobre o aborto revelam que seja a prática ilegal ou permitida ela não deixa de ocorrer, o que difere um grupo de países do outro "[...] é a taxa de incidência de abortos arriscados ou com pouca segurança"[54]. A parcela da população que mais sofre em razão disso é aquela que não dispõe de recursos para, mesmo clandestinamente, realizar o abortamento.

O aborto é um caso difícil. Em dois sentidos. Em primeiro lugar, porque nos casos concretos, assim como ocorre em outros tipos de colisões entre direitos ou princípios, é difícil escolher o interesse que será menos realizado ou mesmo posto de lado. Esse é o conflito que usualmente se aponta, relacionado à colisão entre valores e direitos fundamentais da gestante (vida, saúde, integridade física e psíquica) e do feto (vida), o que revela, como observa Barroso, que do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, "[...] há apenas um direito fundamental favorecendo a posição antiaborto – o direito à vida – contraposto por dois direitos fundamentais favorecendo o direito de escolha da mulher – a integridade física e psíquica e a igualdade" [55].

Todavia, é um caso difícil também em um segundo sentido, especialmente diante da existência de uma insistência doutrinária e jurisprudencial em se afirmar que a regra no Brasil é a proibição do aborto. Esse tipo de conclusão, embora decorra diretamente do Código

professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 183.
52 MARTÍNEZ-RODAS, Oscar Ramón, GONZÁLES-CASTRO, Gloria Mercedes, CARRASCO, D., PARODI-TURCIOS, Karla Isabel. Eficacia del misoprostol como tratamiento en abortos menores a 12 semanas, Hospital Materno Infantil Mayo-Julio 2019. *Revista Internacional de Salud Materno Fetal*. vol. 5, n. 1, p. 11-17, 2020, p. 12.
53 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 99.
54 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 99-100.
55 Ibidem, p. 100-101.

Penal e indiretamente do Código Civil, não encontra nenhum respaldo na Constituição Federal de 1988. É dizer, ela não se amolda ao projeto constitucional brasileiro.

Sobre o tema tipo penal aborto, temos no Código Penal brasileiro cinco dispositivos, a saber: artigos 124 (autoaborto ou consentimento para terceiro realizá-lo em si), 125 (heteroaborto sem consentimento), 126 (heteroaborto com consentimento), 127 (aborto agravado) e 128 (excludentes).

Conforme observa-se, o aborto está inserido no capítulo dos crimes contra a vida e no título de crimes contra a pessoa. Logo, pode-se afirmar que o aborto foi considerado pela pena do legislador em matéria criminal como um crime contra a vida de uma pessoa. A análise dos artigos referidos permite afirmar que o abortamento somente é possível e viável se presentes duas condições necessárias: o nascituro e a gestante. Desta forma, não se pode falar que existe aborto antes da concepção, nem tampouco após o nascimento da criança com vida. Portanto, se o aborto está enquadrado como crime contra a vida, nota-se que existe conflito de normas entre o que dispõe o Código Penal e o Código Civil. Isso porque no Diploma Civil a previsão é a de que só há vida com o nascimento: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” (art. 2º, 2ª parte, do Código Civil).

Na acepção de Alexy, esses dois textos normativos, o conjunto penal e o isolado civil, são regras e, como tais, não entrariam em conflito ponderativo. Contudo, acima das regras, aqui mencionadas, tem-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Logo, a ponderação é requerida, especialmente para fins de conferir unidade e coerência a esse projeto nacional.

Conforme a análise da persepctiva biológica, que é o campo do conhecimento humano que deve servir para que essa situação seja esclarecida, até a 20ª semana de gestação a vida humana não é viável e, sendo inviável, não se pode falar na existência de pessoa. Nesse sentido, pode-se afirmar que a taxonomia da tipificação penal brasileira está, também, equivocada, uma vez que o aborto não é um crime contra a vida, mas tão somente contra a pessoa. Ele se difere de outros crimes como o homicídio, o auxílio ao suicídio e o infanticídio, para os quais é pressuposto que a vítima já tenha nascido com vida.

Vale salientar que quando são mencionadas as causas que excluem o aborto, que são nos casos de aborto necessário, ou seja, para salvar a vida da gestante, e nos casos de gravidez oriunda de estupro, vê-se que não há nenhuma menção à vida do nascituro. Portanto, é evidente que a classificação adotada pelo legislador no Código Penal está equivocada.

Não se poderia, aliás, atrelar o aborto a um crime contra a vida, uma vez que não há no Código Penal esclarecimento sobre quando começa a vida. Mas não apenas em razão disso, posto que o entendimento sobre o que é vida é confuso. De acordo com Augusto e Daniel Damineli a palavra “vida” muitas vezes é tida numa definição óbvia, no entanto, a complexidade a leva a ser concebida de forma plural[56].

56 DAMINELI, Augusto, DAMINELI, Daniel Santa Cruz. Origens da vida. *Estudos Avançados*. vol. 21, n. 59, 2007, p.

Citando a área da Psicologia, os autores evidenciam o sentido de vida psíquica, mencionando os sociólogos destaca a vida social, ao referirem-se aos teólogos cita-se o sentido de vida espiritual, aos sujeitos comuns, “vida” pode ser as mazelas ou prazeres. Assim dispõem que:

> Para uma parte (relativamente pequena) das pessoas, ela traz à mente imagens de florestas, aves e outros animais. Mesmo essa imagem é parcial, já que a imensa maioria dos seres vivos são organismos invisíveis. Os micróbios compõem a maior parte dos seres vivos, a maioria (80%) vivendo abaixo da superfície terrestre, somando uma massa igual à das plantas. Entretanto, os micróbios ainda não ocupam a devida dimensão em nosso imaginário, apesar de mais de um século de uso do microscópio e de frequentes notícias na mídia envolvendo a poderosa ação de micróbios, ora causando doenças ora curando-as, fazendo parte do ecossistema ou influindo na produção de alimentos. Esse quadro se deve ao fato de que a vida ainda é um tema recente no âmbito científico, comparado com sua antiguidade no pensamento filosófico e religioso.”[57]

Assim, se não há um critério científico razoável para identificar quando começa a vida antes do nascimento, não cabe ao legislador firmá-lo. Em virtude disso, a perspectiva mais adequada é aquela estabelecida no Código Civil, de maneira que o aborto é um crime cuja vítima é uma pessoa. E como o legislador penal não definiu quem é ou não pessoa, aplica-se aquela prescrição do legislador civil atualizada pela interpretação constitucionalmente conforme, de que só pode ser considerada pessoa o feto a partir da 20ª semana de gestação.

Aplicando-se um juízo racional, razoável e proporcional, conforme descrito logo acima, se o legislador constituinte quis proteger a dignidade da pessoa humana mesmo antes de seu nascimento com vida, então é de se concluir que o Brasil não se pode posicionar como um país cujo ordenamento jurídico proíbe o abortamento.

A doutrina penalista nacional entende, no entanto, e equivocadamente, que o aborto consiste na morte seja do embrião seja do feto humano, não sendo imprescindível a inviabilidade do nascituro.[58] A leitura feita pela doutrina não se aprofunda na relação com o que se prevê no Código Civil nem colhe frutos na Constituição, resumindo-se a assumir que a cessação da gravidez a partir da nidação[59] ou da concepção[60] constitui aborto.

---

263. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000100022>.

57 DAMINELI, Augusto, DAMINELI, Daniel Santa Cruz. Origens da vida. *Estudos Avançados*. vol. 21, n. 59, 2007, p. 263. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000100022>.

58 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 249 do CP)*. vol. 2. 3ª. ed. São Paulo: Ed. Forense, 2019. (*e-book*), fl. 140.

59 NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal*. vol. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. (*e-book*), fl. 190.

60 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal: parte especial*. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018. (*e-book*), fl. 179; MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial (arts. 121 a 212)*. vol. 2. 11. ed. São Paulo: Ed. Método, 2018. (*e-book*), fl. 104.

Não se deixa de notar que não é feita discussão sobre a diferença entre feto e embrião nem sobre em qual período da gestação o concepto apresenta viabilidade de nascer com vida, ainda que o parto seja prematuro extremo. É, entretanto, impossível, a partir da técnica jurídica, fixar a ocorrência do aborto antes da 20ª semana. E isso se extrai da interpretação constitucionalizada do ordenamento jurídico nacional, já que, antes desse período, o nascituro não possui exatamente a condição que se faz imprescindível para a ocorrência do aborto: *ser pessoa*.

Portanto, tem-se que a proibição de aborto deve ser restrita ao período a partir da 20ª (vigésima) semana de gravidez, razão pela qual as figuras típico-penais "aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento" (art. 124 do CP) e "aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante" (art. 126 do CP), devem ser reinterpretadas, para se referir tão somente ao período que inicia no 5º mês de gestação. É dizer, nesses dois casos a gestante pode, por livre e espontânea vontade, sem depender de nenhuma autorização, seja do Estado, seja de seu consorte, interromper a sua gestação.

Nesse sentido, as condutas abortivas classificadas pelo legislador brasileiro como causas de justificação no artigo 128 do Código Penal (CP), também diante dessa nova interpretação, se referem, especialmente, ao período iniciado na 20ª semana de gestação. Ou seja, o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro são causas justificantes que permitem o procedimento mesmo quando o feto já adquiriu a condição de pessoa. Portanto, é de se concluir que a criminalização do aborto na ordem jurídica brasileira é compatível com o projeto constitucional nacional, mas deve ser reinterpretado.

CONCLUSÃO

A dúvida sobre a extensão da criminalização do abortamento no ordenamento jurídico brasileiro é antiga. No entanto, o que se percebeu na elaboração deste trabalho é que, embora muito se fale sobre interdisciplinaridade e multidisciplinaridade do direito com outras áreas do conhecimento humano, no tema do aborto a opção que se faz é pela opinião meramente jurídica, fundamentada em entendimentos já consolidados e argumentos de autoridade, sem que se desça a avaliações críticas mais detidas. Isso, antes de enriquecer o debate, contribui para empobrecê-lo e relegá-lo ao esquecimento.

No presente trabalho, optou-se pela apresentação, inicial, embora breve, sobre as estatísticas e os casos sobre o aborto no mundo. As estatísticas disponibilizadas pela ONU, por meio da OMS, revelam que a discussão sobre o início da vida ainda está longe de chegar a um consenso, embora revele um fio condutor, ao menos baseado no posicionamento da ONU, de que o abortamento deve ser permitido, ainda que a permissão não seja irrestrita.

A conclusão à qual se chegou é que é necessário reformular a interpretação sobre a aquisição da condição (*status*) de pessoa, para se firmar que antes da 20ª semana de gestação, segundo evidências científicas, inexiste pessoa natural, podendo o aborto ocorrer

pela livre e voluntária decisão da gestante. A vedação deve ser, pois, para procedimentos a partir da 20ª semana. Em resumo, no Brasil, o aborto é permitido. Portanto, deve-se deixar claro que nem sempre será considerado crime o aborto praticado pela gestante ou por terceiros, estes com sua autorização, contrariando assim o disposto no Código Penal Brasileiro. O projeto constitucional brasileiro deve prevalecer em detrimento da arbitrariedade do legislador.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Tribunal Constitucional Federal*. 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, and 2 BvF 5/92. Sentença de 28 de maio de 1993. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/fs19930528_2bvf000290en.html>.

ALEMANHA. *Tribunal Constitucional Federal*. BVerfGE 39,1. Sentença de 25 de maio de 1975. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. ISBN: 978-85 7348-728-2.

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*. vol. 16, n. 2, 2003. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. vol. 22, n. 66, set./dez. 2002. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>.

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*. n. 3, 2000. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9337.00157>.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. ISBN: 8539200732.

ARGENTINA. *Corte Suprema de Justiça da Nação*. P. 709, XXXVI. Sentença de 5 de março de 2002. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=516601&cache=1527630605077>.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. n. 215, 1999. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. ISBN: 8539204002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 97, 2002, p. 107-125. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K.* Komesar. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN-10: 8571475113.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 259-292.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN: 8571476365. p. 153-215.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.* Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014. ISBN: 8577006395.

BÉLGICA. Arrêt nº 39/91 - *Sentença de 19 de dezembro de 1991*. Corte de Arbitragem. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.const-court.be/public/f/1991/1991-039f.pdf>.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados.* n. 40, 2000, p. 155-176. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016&lng=pt&tlng=pt>.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. *Supremo Tribunal Federal*. Relator Ministro Ayres Britto. Plenário. Brasília, 29/05/2008. [consult. 24 set. 2020] Disponível na Internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. *Supremo Tribunal Federal*. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. Brasília, 12/04/2012. [consult. 24 set. 2020] Disponível na Internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002 - "DOU 11.1.2002". [consult. 10 set. 2020] Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940 – "DOU 31.12.1940". [consult. 10 set. 2020] Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. [consult. 9 set. 2020] Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Habeas Corpus 124.306/RJ. *Supremo Tribunal Federal*. Redator do Acórdão Ministro Roberto Barroso. 1ª Turma. Brasília, 09/08/2016. [consult. 24 set. 2020] Disponível na Internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas. Análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*. n. 171, 2006. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92841>.

CANADÁ. *Sentença de 1998*. Suprema Corte do Canadá. R. v. Morgentaler. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. ISBN: 978-85-02-18146-5.

CHILE. *Sentença Rol 3729/17, de 28 de agosto de 2017*. Tribunal Constitucional. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=3515>.

CHILE. *Sentença Rol 740-07, de 18 de abril de 2008*. Tribunal Constitucional. [CONSULT. 25 SET. 2020] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=914>.

COLÔMBIA. *Sentença C-355/06*. Corte Constitucional. Disponível na Internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2006/C-355-06.rtf>. Acesso em: 25 set. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Paton v. Reino Unido*. Application no. 8416/78. Sentença de 13 de maio de 1980. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/EComHR-1980-Paton-v.-United-Kingdom-X.-v.-United-Kingdom.pdf>.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. ISBN: 9788553604098.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo e outros v. Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso B v. El Salvador*. MC 114/13. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013. Medidas Provisionales respecto de El Salvador. Asunto B. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf>.

COSTA RICA. *Sentença 442, de 7 de maio de 2004*. Corte Suprema de Justiça. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://www.poder-judicial.go.cr/saladecasacionpenal/images/jurisprudencia/sentencias/2004/0442-04.DOC>.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo judicial: limita-me ou te devoro!. *Revista Sequência*. n. 75, abr. 2017. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552017000100219&script=sci_abstract&tlng=pt>.

CROÁCIA. *Decisão U-I-60/1990 et al., de 21 de fevereiro de 2017*. Tribunal Constitucional da República da Croácia. [consult. 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_03_25_564.html>.

DAMINELI, Augusto; DAMINELI, Daniel Santa Cruz. Origens da vida. *Estudos Avançados*. vol. 21, n. 59, 2007. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000100022>.

DRECHSEL, Denise. Afinal, a França aprovou ou não o aborto até 9 meses de gravidez? Entenda. *Gazeta do Povo*. 11 de agosto de 2020. [consult. 25 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/afinal-a-franca-aprovou-ou-nao-o-aborto-ate-9-meses-de-gravidez-entenda/>.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002. ISBN: 9788578272517.

ESLOVÁQUIA. *Decisão PL.ÚS. 12/01, de 4 de dezembro de 2007*. Tribunal Constitucional. [consult. 25 dez. 2020] Disponível na Internet: <https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/992296/1_07a.pdf/88e635ba-300a-4cf3-a71b-99ecfe2c8e54>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 18 de abril de 2007*. Suprema Corte. Gonzales v. Carhart. [consult. 26 set. 2020] Disponível na Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/124/opinion.html>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 22 de janeiro de 1973a*. Suprema Corte. Roe v. Wade. [consult. 27 set. 2020] Disponível na Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 22 de janeiro de 1973b*. Suprema Corte. Doe v. Bolton [consult. 27 set. 2020] Disponível na Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/179/case.html>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 27 de junho de 2016*. Suprema Corte. Whole Woman's Health v. Hellerstedt. [consult. 26 set. 2020] Disponível na Internet: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/15-274.html>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 28 de junho de 2000*. Suprema Corte. Stenberg v. Carhart. [consult. 26 set. 2020] Disponível na Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/914/case.html>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sentença de 29 de junho de 1992*. Suprema Corte. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey. [consult. 27 set. 2020] Disponível na Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. ISBN: 8571472564.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000. ISBN: 9788571478206.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal: parte especial*. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018. (e-book).

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HÄBERLE, Peter. Entrevista de César Landa. El rol de los tribunales constitucionales ante los desafios contemporâneos. In: VALADÉS, Diego (comp.). *Conversaciones acadêmicas con Peter Häberle*. México, D.F.: UNAM-IIJ, 2006. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4277/5.pdf>.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN: 9788537506479.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. A&C – Revista de Direito *Administrativo & Constitucional*. vol. 14, n. 58, out./dez. 2014. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/78>.

LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

LIMA, Marina Dehon de. A dignidade da pessoa humana: direito absoluto? *MPMG Jurídico*. n. 17, jul./set. 2009, p. 25. [consult. 5 out. 2020] Disponível na Internet: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/492/A%20dignidade%20da%20pessoa%20humana.pdf?sequence=3>.

MARTÍNEZ-RODAS, Oscar Ramón, GONZÁLES-CASTRO, Gloria Mercedes, PARODI-TURCIOS, Karla Isabel. Eficacia del misoprostol como tratamiento en abortos menores a 12 semanas, Hospital Materno Infantil Mayo-Julio 2019. *Revista Internacional de Salud Materno Fetal*. vol. 5, n. 1, p. 11-17, 2020.

MARTINS, Flademir Belinati Martins. *Dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Ed. Juruá, 2003. ISBN: 9788503625319.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial* (arts. 121 a 212). vol. 2. 11. ed. São Paulo: Ed. Método, 2018. (e-book).

MASTRODI, Josué. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. *Revista Direito* GV. vol. 10, n. 2, jul./dez. 2014. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/48708>.

MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal*. vol. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. (e-book).

OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988. 2*. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014b.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014a. ISBN: 8584401822.

PÉREZ, Beatriz, SAGNER-TAPIA, Johanna, ELGUETA, Herman E. Despenalización del aborto en Chile: una aproximación mixta desde la percepción del aborto en población comunitaria. *Gaceta Sanitaria*. vol. 34, n. 5, p. 485-492, 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. tomo I.* Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1954. ISBN: 852034321X.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 249 do CP).* vol. 2. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. (e-book).

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016. ISBN: 978-85-450-0175-1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo. 9.* ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1991. ISBN: 978-85-392-0399-4.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. vol. 798, 2002. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. A ideia de Constituição: uma perspectiva ocidental – da Antiguidade ao Século XXI. *Cuestiones Constitucionales*. vol. 34, 2016, p. 169-209. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919316300063>.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso A, B e C v. Irlanda. Application no. 25579/05*. Sentença de 16 de dezembro de 2010. [consult 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102332%22]}>.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Tysiąc v. Polônia*. Application no. 5410/03. Sentença de 20 de março de 2007. [consult 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-79812%22]}>.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vo v. França*. Application no. 53924/00. Sentença de 8 de julho de 2004. [consult 25 set. 2020] Disponível na Internet: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]}>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Clinical practice handbook for safe abortion*. 2014. [consult. 2 out. 2020] Disponível na Internet: <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/454713/retrieve>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Distribution of abortions*. [consult. 2 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.who.int/images/default-source/infographics/abortion/infographic-distribution-abortions.jpg?sfvrsn=25816e94_2>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Global abortion* policies database. [consult. 16 out. 2020] Disponível na Internet: <https://abortion-policies.srhr.org/?mapq=q1i>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Health worker roles in providing safe abortion care and post-abortion contraception. 2015*. [consult. 2 out. 2020] Disponível na Internet: <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/812804/retrieve>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Laws impact abortion safety*. [consult. 20 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.who.int/images/default-source/infographics/abortion/infographic-laws.jpg?sfvrsn=8fff954f_2>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems. 2.* ed., 2012. [consult. 2 out. 2020] Disponível na Internet: <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/104095/retrieve>.

CAPÍTULO 4

DESAFIOS JURÍDICOS NA PREVENÇÃO E COMBATE AOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DE TRABALHO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 206 E 207 DO CÓDIGO PENAL

Data de aceite: 03/09/2024

Bruno Emanuel Setubal Learte
Estudante de Direito, Instituto de Ensino Superior Franciscano - IESF
https://lattes.cnpq.br/4500288618809694

Walerya Reis Silva
Estudante de Direito, Instituto de Ensino Superior Franciscano - IESF
http://lattes.cnpq.br/1616382258470838

Keila Fernanda Sanches Lima
Estudante de Direito, Instituto de Ensino Superior Franciscano - IESF
http://lattes.cnpq.br/1616382258470838

RESUMO: O presente trabalho científico analisa os desafios jurídicos na prevenção e combate aos crimes contra a organização do trabalho no Brasil. Para tanto, faz uma análise dos artigos 206 e 207 do Código Penal Brasileiro, que tipificam, respectivamente, o aliciamento de trabalhadores para o exterior e fraude na fiscalização do trabalho. Disto, vislumbra-se a possibilidade de esclarecer a amplitude das condutas descritas nos referidos artigos, bem como aponta as fragilidades na fiscalização das condições de trabalho. A pesquisa contribui para a compreensão dos obstáculos legais na esfera trabalhista, oferecendo insights para melhorias legislativas e práticas que reforcem a prevenção e repressão aos crimes contra a organização do trabalho no contexto brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes contra organização do trabalho; prevenção; combate; desafios jurídicos.

LEGAL CHALLENGES IN PREVENTING AND COMBATING CRIMES AGAINST LABOR ORGANIZATIONS IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF ARTICLES 206 AND 207 OF THE PENAL CODE

ABSTRACT: This scientific paper analyses the legal challenges in preventing and combating crimes against the organization of work in Brazil. To this end, it analyzes articles 206 and 207 of the Brazilian Penal Code, which typify, respectively, the recruitment of workers abroad and fraud in labor inspection. From this, we can see the possibility of clarifying the scope of the conduct described in these articles, as well as pointing out the weaknesses in the inspection of working conditions. The research contributes to the understanding of legal obstacles in the labor sphere, offering insights for legislative and practical improvements that reinforce the prevention and repression of crimes against the organization of labor in the Brazilian context.

KEYWORDS: Crimes against the organization of work; prevention; combating; legal challenges.

INTRODUÇÃO

No que diz respeito aos crimes contra a organização de trabalho, protege a lei penal não apenas o livre gozo e o exercício dos direitos individuais, como a própria organização do trabalho. Explica a exposição de motivos da parte especial do Código Penal. "não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais em jogo, mas também, e principalmente, no sentido de superior do bem comum de todos" (CUNHA, 2022, p. 535). A efetiva proteção dos direitos laborais e a prevenção de crimes contra a organização do trabalho representam pilares fundamentais para o desenvolvimento social e econômico de uma nação. No contexto brasileiro, essa temática torna-se ainda mais imprescindível, considerando a complexidade das relações trabalhistas e a diversidade de setores econômicos presentes no país. Deve ser lembrado que, no capítulo concernente aos direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 prevê inúmeros dispositivos que se destinam a conferir maior proteção aos direitos do trabalhador (arts. 6° e ss). Em consonância com o texto constitucional e visando assegurar o efetivo cumprimento de tais preceitos, o Código Penal tipificou algumas condutas que atentam contra a organização e o normal desenvolvimento das atividades laborativas do trabalho.

Este artigo propõe responder o seguinte problema: os crimes contra organização de trabalho são de competência da Justiça do Trabalho? Os crimes contra a organização do trabalho são de competência da Justiça Federal.

No espírito do art. 109, VI, da Constituição Federal a competência para julgar tais crimes é da Justiça Federal, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, destacando que na Constituição Federal de 1967, citada na redação de seu artigo 125, inciso VI, constava a mesma decisão da Suprema Corte Brasileira, na qual os ministros decidiram e afirmaram a competência.

Não é a tese que prevalece, já que tanto o Superior Tribunal de Justiça quando o Supremo Tribunal Federal considera que, se atingido o interesse individual do trabalho, a competência para processo e julgamento é dos Estados. Neste sentido, nos ensina CUNHA (2022, p. 535-536), que (i) a previsão constitucional de competência da Justiça Federal, para o processo relativo aos crimes contra organização do trabalho (art. 109, VI, da CF), deve abranger apenas aqueles casos nos quais fique patente a ofensa aos princípios básicos nos quais se assenta a estrutura desta Corte. (ii) eventual paralisação na sede de apenas uma empresa de transporte, por parte de alguns sindicalistas que haveriam tentado a saída de ônibus da garagem, não incorre em questão que afete princípios essenciais trabalhistas de âmbito nacional, o que afeta o interesse da União no feito e, por consequência, a competência da Justiça Federal.

O objetivo geral é analisar e abordar sobre os obstáculos legais que dificultam a prevenção e repressão efetiva dos crimes relacionados à organização do trabalho no contexto brasileiro. Busca-se, assim, contribuir para o aprimoramento do arcabouço jurídico voltado à proteção dos direitos laborais.

Os objetivos específicos são estudar a legislação penal analisando os artigos 206 e 207; investigando os elementos legais em questão, compreendendo sua redação, alcance e limitações, visando uma interpretação clara e consistente.

O artigo utiliza o método bibliográfico baseado na doutrina e legislações sobre o assunto.

ALICIAMENTO PARA O FIM DA EMIGRAÇÃO

Previsto no artigo 206 o aliciamento para o fim de emigração: "Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro", cujo a pena é de detenção de um ano a três anos e multa. Nas palavras de Rogério Sanches Cunha (2014) o bem tutelado é o interesse do Estado na permanência do trabalhador, buscando evitar escassez de mão de obra e acarretar contratempos. A conduta caracteriza-se por atrair, recrutar, mediante fraude, trabalhadores com a finalidade de levá-los para o estrangeiro.

Segundo Laís Melo de Andrade (2022) em geral, os recrutadores procuram por pessoas mais vulneráveis de baixa renda e baixa escolaridade, que com a promessa de bons salários, estabilidade e outros benefícios conseguem atrair muitos candidatos. "Os imigrantes sofrem com essa realidade, pois saem da sua terra natal para adentrar uma cultura diferente do habitual, almejando um futuro melhor que o passado e presente, acreditando em uma proposta de emprego possivelmente promissora" (ANDRADE, 2022 p.8).

ALICIAMENTO DE TRABALHADORES DE UM LOCAL PARA OUTRO DO TERRITÓRIO NACIONAL

O artigo 207 do Código Penal, "Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional". Pena de detenção, um ano a três anos, e multa. Neste caso, o bem jurídico tutelado é o interesse do Estado em manter "os seus trabalhadores em todo território nacional, evitando o êxodo" (BORGES, 2019).

O aliciamento ocorre por fraude ou por cobranças de qualquer quantia do trabalhador, com o intuito de recrutar para outros locais do território nacional. Segundo a Pesquisa sobre o Perfil dos Principais Atores Envolvidos no Trabalho Escravo Rural , financiado pela OIT publicada em 2011, os candidatos da região nordeste são levados para fazendas no Pará e no Mato Grosso, Bahia e em Goiás. De acordo com a mesma pesquisa: 41% são aliciados por conhecidos e 27% pelo "gato", 32% procuram por escritórios que funcionam como agência.

Salienta-se que na maioria dos casos a vítima fica refém do agressor devido a dívidas contraídas, conforme o §1° do art. 207 explica: cobrança de qualquer quantia, com o intuito de "que o trabalhador seja explorado economicamente, sob o pretexto de obter melhor recolocação no mercado"(CUNHA, 2014, p.450) Segundo Andrade (2022) a vítima acaba contraindo muitos débitos como, passagens, hospedagem e comida.

> "Os objetos e mantimentos são anotados em uma cadernetinha no armazém improvisado pelo fazendeiro/empreiteiro e serão descontados já do primeiro salário do trabalhador, de uma só vez. E, a dívida vai crescendo e comprometendo o salário do trabalhador por meses a fio, acrescida do que ele deve ao gato." (SIQUEIRA, 2010, p.8)

Conforme dados apresentados pela da OIT (2011), verificou-se que os trabalhadores são submetidos a jornadas longas de trabalho, sem direito a descanso e horas extras não pagas. Além disso, os alojamentos não apresentavam o mínimo para proporcionar bem-estar ao trabalhador, com condições insalubres, falta de água potável, a maioria das fazendas não tinha instalações sanitárias além de ausência de assistência à saúde.

Nesta situação os trabalhadores são submetidos a condições análogas ao trabalho escravo. Expresso no artigo 149 do Código Penal que prevê a servidão, a sujeição a condições degradantes de trabalho, restrição de locomoção e permanente vigilância no local de trabalho. A Lei n° 10.803/ 2003 alterou o artigo supracitado para estabelecer as penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo, com aumento de pena de dois a oito anos e multa. (BRASIL, 2003).

COMPETÊNCIA

Conforme Markus Norat (2009) apresenta que as mudanças trazidas pela emenda constitucional n° 45 complicam a competência da justiça do trabalho no artigo 114 da Constituição Federal para processar e julgar ações oriundas das relações de trabalho. Contudo, o disposto no artigo 114, I, da CF, não alude a outorga de jurisdição sobre matéria penal, com entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal.

Já o artigo 109 da CF outorga competência aos juízes federais para julgar e processar crimes contra a organização de trabalho. Norat (2009) compreende que o entendimento jurisprudencial deste artigo bem tutelado diz respeito a direitos e deveres coletivos dos trabalhadores, quando a organização geral do trabalho ou direito dos trabalhadores é considerado coletivamente, quando atingem órgãos ou instituições . A partir disso, Norat (2009) conclui que quando os crimes ofenderem interesse individual ou mesmo de grupo específico de trabalhadores a competência para julgar e processar é da Justiça Estadual.

DESAFIOS NA IDENTIFICAÇÃO E DENÚNCIA DOS CRIMES CONTRA ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

A necessidade de mecanismos eficientes e normas mais rígidas para combater crimes nas organizações do trabalho no Brasil estão elencadas nos artigos 206 e 207 do Código Penal Brasileiro. O artigo 206 de o Código Penal tratar de temas relacionados à mão de obra e ao interesse do Estado em manter essa mão de obra no território nacional. O bem jurídico protegido é o interesse do Estado em manter a mão de obra no território nacional, isso sugere que o artigo estar relacionado a crimes que envolvem a migração ilegal, tráfico de pessoas para fins de exploração laboral, ou outras práticas que prejudicam a política de emprego e a ordem econômica do país.

De acordo com Bittencourt, aliciar pessoas apenas com o intuito de convencê-las a viajarem para o exterior não pode ser considerado ato ilícito na redação deste artigo, exemplificando, é comum caso de exploração laboral, especialmente no contexto do aliciamento destes indivíduos para trabalharem no exterior, sob a falsa promessa de atividades dignas e salários elevados, quando, na realidade, a finalidade é forçá-las a exercer atividades laborativas mal remunerada. Essa prática é considerada crime e violação dos direitos humanos. De fato, a promessa não cumprida mediante as condições de trabalho humilhantes e indignas é traduzem o crime. A legislação clarifica dispositivos de proteção a estes indivíduos baseados na realidade concreta de inúmeros trabalhadores do país, privados de sua liberdade fundamental e submetidos a condições de trabalho degradantes. Isso ocorre muitas vezes através da ação de indivíduos que os mantêm longe da visibilidade da sociedade.

Destarte, artigo 207 do Código Penal Brasileiro trata do crime de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional. O crime de aliciamento de trabalhadores, conforme descreve à legislação, refere-se à prática de recrutar, transportar, transferir ou alojar trabalhadores de um local para outro, no território nacional, mediante fraude, violência, coação, ou outro meio que impeça ou dificulte a livre escolha do trabalhador.

É pertinente neste contexto uma breve análise do conceito de aliciamento de trabalhador, conforme destacado, pode ser fundamentada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988). Essa Constituição estabelece princípios e direitos fundamentais que incluem a proteção dos direitos sociais, como o direito ao trabalho. O trecho mencionado, do artigo 1º, inciso IV, ressalta que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são fundamentos do Estado brasileiro (BRASIL, 1988).

É importante destacar, que aos artigos supramencionados concatenados à mobilidade de trabalhadores, um referente a levar trabalhadores para o exterior mediante fraude e outro sobre aliciamento de trabalhadores para mudança dentro do território nacional. Observa-se que a legislação não explicita a finalidade exploratória do crime,

deixando em aberto se o trabalho para o qual as vítimas são aliciadas será exercido em condições dignas ou não.

A ausência de uma especificação clara sobre a finalidade exploratória do crime pode significar que a legislação não aborda diretamente as condições de trabalho ou exploração que podem ocorrer após o recrutamento ilegal.

De acordo com Silva (2010), trabalho forçado é amplamente considerado uma violação grave dos direitos humanos e é contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa forma de labor imposta, que envolve a coerção de indivíduos para trabalhar em condições adversar daquele que inicialmente foi proposta, é uma forma de exploração que nega a liberdade e a autonomia dos trabalhadores. Vários instrumentos internacionais e tratados de direitos humanos condenam o trabalho forçado. A Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Organização Internacional do Trabalho (OIT) também trabalha para erradicar o trabalho forçado por meio de convenções e recomendações.

Vamos pensar o seguinte cenário, uma pessoa que residente aqui no Brasil são captada a trabalhar em determinado país europeu, chegando descobre que as promessas feitas em relação a proposta de trabalho eram falsas, dessa forma as práticas do empregado torna-se coercitivas, é lamentavelmente uma manifestação grave do trabalho forçado e exploração. Consiste em empregar táticas para manter os trabalhadores em um ciclo, tornando-os essencialmente reféns do empregador.

Para Alves (2009), aponta-se uma figura interessante a destacar, são os ditos "gato" nesse contexto geralmente se refere a intermediários ilegais ou agenciadores que, de maneira muitas vezes fraudulenta, facilitam a contratação de trabalhadores. A autora destaca como o adiantamento de dinheiro por esses intermediários pode criar uma relação de dependência econômica e, paradoxalmente, resultar em dívidas crescentes para os trabalhadores. Quando esses intermediários adiantam dinheiro aos trabalhadores, muitas vezes sob a promessa de garantia de emprego, sustento familiar e outros benefícios, eles podem criar uma situação em que os trabalhadores ficam economicamente vinculados a eles. Essa dependência financeira é explorada ao longo do tempo, pois estes indivíduos podem se encontrar em uma posição em que têm dificuldade em pagar as dívidas acumuladas devido aos juros e taxas adicionadas.

Ainda de acordo com Alves (2009), a conduta descrita no contexto refere-se a práticas ilegais e abusivas associadas ao trabalho rural, envolvendo aliciadores, conhecidos como "gatos". Esses indivíduos atraem trabalhadores para prestarem serviços em fazendas, muitas vezes longe de suas cidades de origem, prometendo condições vantajosas de trabalho. No entanto, na realidade, isso se revela um engano, e os trabalhadores muitas vezes acabam em situações análogas à escravidão contemporânea.

De fato, Silva (2010), esclarece que essa prática está intimamente relacionada ao trabalho escravo contemporâneo, uma vez que os trabalhadores são enganados e submetidos a condições de trabalho degradantes, muitas vezes caracterizadas por

jornadas exaustivas, falta de condições adequadas de moradia, segurança e higiene, além da retenção ilegal de documentos e pagamento inadequado, se é que recebem algum pagamento.

Para o autor, esse ciclo de endividamento pode resultar em uma forma de servidão por dívida, onde os trabalhadores são essencialmente forçados a permanecer em condições de trabalho exploradoras para tentar quitar as dívidas. Esse tipo de exploração é prejudicial tanto do ponto de vista econômico, e é condenado por diversas normas internacionais e legislações nacionais. Em conformidade diversos estudos e observações sobre o trabalho contemporâneo observou-se que esses aliciamentos estão frequentemente associados a áreas com condições socioeconômicas desfavoráveis, como zonas rurais e urbanas de baixa renda, com índices de pobreza, miséria e desemprego. Para Alves (2009) existem várias razões que contribuem para a vulnerabilidade dessas populações e para a exploração do trabalho humano, muitas vezes configurando formas contemporâneas de escravidão. Algumas das razões incluem:

1. Vulnerabilidade Socioeconômica: Pessoas em situações de extrema pobreza e desemprego podem ser mais suscetíveis à exploração, especialmente quando não têm acesso a recursos básicos, educação e oportunidades de emprego.
2. Falta de Opções de Escolha: Em áreas onde as oportunidades econômicas são escassas, as pessoas podem se sentir compelidas a aceitar condições de trabalho precárias ou mesmo exploradoras por falta de opções alternativas.
3. Exploração de Grupos Marginalizados: Muitas vezes, grupos marginalizados, ou comunidades étnicas minoritárias, são particularmente vulneráveis à exploração devido à sua falta de poder e recursos.
4. Ausência de Fiscalização Eficaz: Em algumas regiões, a ausência de fiscalização eficaz por parte das autoridades permite que empregadores desonestos explorem os trabalhadores sem medo de punição.
5. Falta de Consciência e Educação: Em áreas onde a educação é limitada, as pessoas podem ter menos conhecimento sobre seus direitos trabalhistas e podem ser mais propensas a aceitar condições abusivas.

Dessa forma, tanto o trabalhador nacional quanto o estrangeiro que são vítimas desse tipo de aliciamento para fins econômicos acabam encontrando-se em situações extremamente vulneráveis. Ao serem atraídas para trabalhar em condições enganosas e muitas vezes degradantes, essas pessoas ficam longe de suas casas, afastadas de suas famílias e das referências que normalmente proporcionam conforto e proteção.

Esse distanciamento das redes de suporte social pode aumentar ainda mais a vulnerabilidade dos trabalhadores, tornando-os mais propensos a abusos e exploração. A falta de familiaridade com o novo ambiente, juntamente com a dependência econômica dos empregadores que muitas vezes retêm documentos e impõem condições desumanas, contribui para a perpetuação dessas práticas ilegais. O tráfico de pessoas, seja para trabalho escravo, exploração sexual ou outras formas de exploração, é uma violação grave dos direitos humanos.

Para Alves (2009), as questões de vulnerabilidade econômica e geográfica contribuem para a perpetuação do trabalho escravo, especialmente entre trabalhadores estrangeiros irregulares. A exploração desses trabalhadores é mantida por um círculo vicioso, onde os agressores e beneficiários desse tipo de trabalho usam a ameaça de deportação como um meio de manter as vítimas em silêncio.

A autora indica que, essa situação destaca a necessidade de abordar não apenas as questões de exploração no local de trabalho, mas também as causas subjacentes que levam os trabalhadores a aceitar essas condições. Além disso, é crucial garantir que as vítimas se sintam seguras ao denunciar abusos, sem o receio de serem deportadas. Esse fato deve promover a responsabilidade por parte dos empregadores e autoridades.

Os dados fornecidos pela Câmara Federal dos Deputados indicam que, no período de 2003 a 2007, o Ministério do Trabalho realizou operações que resultaram no resgate de 21.874 trabalhadores em situação degradante. Para analisar mais detalhadamente essa população, o Ministério fez uma amostragem envolvendo 14.329 pessoas. Dessas libertações, um número significativo, 5.242, ocorreu no estado do Pará.

As informações geradas a partir dessa pesquisa apontam que o Maranhão fornece grande parte da mão-de-obra utilizada no Pará, especialmente em atividades como agropecuária e produção de carvão vegetal, destaca a dinâmica migratória e a interconexão das atividades econômicas em diferentes estados do Brasil. No período mencionado, foram identificados 3.349 trabalhadores originários do Maranhão. Muitos destes foram encontrados envolvidos em postos do setor de produção de açúcar e álcool (sucroalcooleiras) nos estados como Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

O autor Silva (2010), ressalta a complexidade das cadeias produtivas e evidencia como a mão-de-obra muitas vezes migra de uma região para outra em busca de oportunidades de emprego. A presença de trabalhadores maranhenses em atividades específicas, como a produção de carvão vegetal e nas indústrias sucroalcooleiras, sugere a necessidade de abordar não apenas as condições de trabalho, mas também questões mais amplas relacionadas à migração, condições socioeconômicas e direitos dos trabalhadores.

Para Melo (2004), a atuação conjunta entre a Polícia Federal, auditores fiscais do trabalho, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário é fundamental para enfrentar efetivamente o problema. Cada uma dessas instituições desempenha um papel específico no processo de identificação, denúncia, investigação e punição de práticas de exploração e trabalho degradante.

A Polícia Federal pode estar envolvida na investigação de casos mais amplos, especialmente aqueles relacionados a redes de exploração de mão-de-obra. Os auditores fiscais do trabalho desempenham um papel crucial na fiscalização das condições de trabalho, garantindo que os empregadores cumpram as leis trabalhistas. Os membros do Ministério Público têm a responsabilidade de apresentar denúncias e promover ações legais, enquanto o Poder Judiciário é responsável por julgar e impor penas quando necessário.

Dessa forma Figueira (1999), indica a importância todas as conceptualizações e contextualizações como pontos fundamentais para demostrar que desafios na identificação e denúncia dos crimes contra a Organização do Trabalho. A falta de um conceito preciso pode dificultar a caracterização adequada dos casos de exploração, tornando desafiador desenvolver estratégias eficazes de prevenção e combate.

Destarte, para o autor exploração do trabalho pode abranger uma ampla gama de práticas, desde condições precárias de trabalho até formas mais extremas, como trabalho escravo. Além disso, fatores como trabalho infantil, condições inseguras de trabalho, salários inadequados e falta de direitos trabalhistas podem contribuir para a exploração. Dessa forma Figueiredo (1999), enfatiza que para enfrentar essa complexidade, os representantes das entidades envolvidas, como a Polícia Federal, auditores fiscais do trabalho, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, precisam estar atualizados e alinhados em relação aos conceitos-chave, normas nacionais e internacionais e às nuances do fenômeno. Isso pode envolver a colaboração com especialistas em direitos humanos, organizações não governamentais (ONGs) e outros parceiros que possam contribuir para uma compreensão mais completa do problema.

Para Figueiredo (1999), definições claras e abrangentes na legislação podem ajudar a proporcionar uma base sólida para a identificação e persecução legal de casos de exploração do trabalho. A educação continuada e a sensibilização também desempenham um papel crucial na capacitação desses representantes para lidar eficazmente com a complexidade do fenômeno da exploração do trabalho.

Portanto, para este autor inexistência de um conceito claro e uma caracterização precisa da exploração do trabalho tem implicações significativas nas consequências jurídicas que podem ser aplicadas aos responsáveis. As definições são a base para a aplicação eficaz da legislação, mais especificamente nos ramos do direito penal e trabalhista. Algumas consequências práticas incluem: (a) Identificação e Processo Judicial: Um conceito claro permite a identificação adequada de situações de exploração do trabalho favorece o processo de abertura de investigações e ações judiciais; (b) Punições e Sanções: uma caracterização precisa é crucial para determinar as punições e sanções apropriadas. Permite que os tribunais apliquem medidas proporcionais às violações identificadas; (c) Proteção dos Direitos dos Trabalhadores: contribui para a criação de leis e regulamentos mais eficazes para proteger os direitos dos trabalhadores. Enseja a adoção de medidas corretivas para garantir condições de trabalho dignas; (d) Prevenção: um entendimento claro do fenômeno ajuda na formulação de estratégias preventivas. A aplicação rigorosa das consequências legais serve como um elemento dissuasivo contra práticas exploratórias; (e) Cooperação entre Instituições: promove a cooperação entre instituições como a polícia, fiscais do trabalho, o Ministério Público e o Poder Judiciário. Privilegia uma abordagem coordenada na persecução de casos de exploração do trabalho.

Para Silva (2010), outro elemento crucial que incide sobre a dificuldade da efetivação da denúncia é não reconhecimento destes indivíduos como o trabalho escravo moderno no Brasil, esse fato está intrinsicamente análogo a herança histórica de uma mentalidade escravagista que permeou a sociedade por séculos. Essa mentalidade pode criar uma normalização ou aceitação tácita de práticas que violam os direitos fundamentais dos trabalhadores. Portanto, a falta de identificação dessas atividades é dificultada por uma série de fatores, incluindo a falta de conscientização, medo de retaliação e a aceitação cultural de certas condições de trabalho.

Dessa forma, o autor descreve que a herança histórica da escravidão no Brasil, que persiste em manifestações culturais e sociais, pode contribuir para a normalização dessas práticas. Além disso, a falta de educação e conscientização sobre os direitos dos trabalhadores pode dificultar a capacidade dos trabalhadores de reconhecerem quando estão sendo explorados.

Vale destacar, a história da maranhense Pureza Lopes Loyola, como realmente inspiradora e representa um exemplo poderoso da luta contra o trabalho escravo contemporâneo no Brasil. Dona Pureza tornou-se um símbolo de resistência e determinação ao enfrentar inúmeros perigos e obstáculos em sua busca pelo filho caçula, Antônio Abel, que havia ido ao Pará em busca de oportunidades no garimpo.

De acordo com o diretor do filme, Renato Barbieri, narrativa de Dona Pureza é emblemática das dificuldades enfrentadas por muitas famílias cujos entes queridos buscam melhores condições de vida em áreas propensas à exploração do trabalho, atraídos por promessas enganosas de uma vida melhor. O fato de ter transformado sua própria luta pessoal em uma causa mais ampla, levando à criação de um grupo que resgatou milhares de trabalhadores em condições análogas à escravidão, demonstra a força e a resiliência de uma mãe em busca de justiça.

O filme retrata também o reconhecimento internacional que Dona Pureza, ao receber especialmente o Prêmio Antiescravidão em 1997, destacando a importância de seu trabalho na conscientização global sobre as práticas de trabalho escravo e na promoção dos direitos humanos. A premiação em Londres pela *Anti-Slavery International* reconhece o impacto significativo de seus esforços na luta contra a escravidão moderna.

A história de Dona Pureza Lopes Loyola é um testemunho do papel fundamental que os defensores dos direitos humanos desempenham na transformação da sociedade e na promoção de mudanças significativas. Ela se tornou uma figura notável na luta contra a exploração do trabalho e deixou um legado importante na história da abolição contemporânea.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise profunda sobre os desafios jurídicos na prevenção e combate aos crimes contra a organização do trabalho no Brasil, especialmente à luz dos artigos 206 e 207 do Código Penal, emergem considerações que delineiam a complexidade e a necessidade de aprimoramento do atual panorama legislativo. O Estado Democrático de Direito é responsável pela liberdade e igualdade dos indivíduos. Um estado que não garanta a oportunidade da liberdade e igualdade para todos não tem apreço, e não encontra meios para punir os erros. É necessário fortalecer o combate aos crimes contra o trabalho, para que seja cada vez mais representativo e as instituições, como os sindicatos e o Ministério Público do Trabalho, lutem para que o trabalhador brasileiro seja mais expressivo e conquiste melhores condições para sua categoria.

A fragilidade nos mecanismos de fiscalização das condições de trabalho representa um desafio significativo, tornando-se imperativo o investimento em instrumentos mais robustos e eficientes. A atuação preventiva, por meio de fiscalizações periódicas e auditorias especializadas, emerge como uma estratégia importante para coibir práticas criminosas e promover ambientes laborais saudáveis. Somente por meio de esforços coordenados, envolvendo aperfeiçoamentos legais, fortalecimento institucional e conscientização social, poderemos almejar um ambiente laboral mais justo, seguro e em conformidade com os princípios fundamentais dos direitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rejane De Barros Meireles. **Escravidão por dívidas nas relações de trabalho rural no Brasil contemporâneo: forma aviltante de exploração do ser humano e violadora de sua dignidade**. Seguro, São Paulo, p. 1-135, jan. 2009.

ANDRADE, Laís Melo de. **A migração como alienação para o trabalho escravo contemporâneo: em caso de trabalho análogo à escravidão e migração na cidade de Itabuna-Bahia 2018**. Revista Linguagem, ensino e Educação, Santa Catarina. v.6, n.1, jan-jun. 2022

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, Vol. 3: **parte especial dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos**. São Paulo: Saraiva. 2012.

BORGES, Gustavo Nardelli. **Aliciamento de Trabalhadores de um local para outro do território nacional**. JusBrasil: Brasil, 2019.

BRASIL. **Lei n° 10.803/2003**. Senado Federal: Brasil, 2003. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/552679/publicacao/15808458//. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

Câmara dos Deputados. **Região Norte tem mais ocorrência de Trabalho Escravo**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/122381-regiao-norte-tem-mais-ocorrencias-de-trabalho-escravo. Acesso em 03 dez. 2023.

Central Única dos Trabalhadores. **Filme Pureza: a história real de uma mãe contra o trabalho escravo**. Disponível em: https://www.cut.org.br/noticias/filme-pureza-a-historia-real-de-uma-mae-contra-o-trabalho-escravo-20f2. Acesso em 03 dez. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal- Parte Especial**. Bahia: Juspodivm, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal – Parte Especial**. (Coleção ciências criminais; v. 3 / Coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha). São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2010.

DELMANTO, Celso et. al. **Código penal comentado**. 7. ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007;

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. Condenados à escravidão. In: MOREYRA, Sérgio Paulo (Org.). **Trabalho escravo no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Loyola, 1999.

Manual de Combate ao Trabalho em Condições análogas às de escravo Brasília: MTE, 2011. 96 p. 1. Trabalho Escravo, Manual, Brasil.

MELO, Luis Antônio Camargo de. **As atribuições do Ministério Público do Trabalho na prevenção e no enfrentamento ao trabalho escravo**. Revista LTr: Legislação do trabalho, São Paulo, v. 68, n. 4, abr. 2004;

NORAT, Markus Samuel Leite. **Competência para o processo e julgamento dos crimes contra a organização do trabalho**. Revista Jurídica Cognitivos Juris: Paraíba, n° 4, abril. 2012

OIT, **Organização Internacional do Trabalho**. Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural do Brasil. Brasília: OIT, 2011.

SILVA, Marcello Ribeiro. **Trabalho Análogo ao de Escravo Rural no Brasil do Século XXI: novos contornos de um antigo problema**. http://portal.mpt.mp.br, Goiânia, v. 01, p. 1-280, dez. 2023

SIQUEIRA, Túlio Manoel Teles de. **O trabalho escravo perdura no Brasil do século XXI. Revista Tribunal Regional do Trabalho**. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, p.127-147, jul./dez.2010

CAPÍTULO 5

O BEM JURÍDICO NOS CRIMES COM SUJEIÇÃO PASSIVA INFANTOJUVENIL: UMA RELEITURA DO BEM JURÍDICO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Data de aceite: 03/09/2024

Douglas Lingiardi Strachicini

RESUMO: Para a intervenção penal, a ideia de bem jurídico se coloca em primeiro plano de relevância e configura condição legitimante da tutela, haja vista que o direito penal somente está autorizado a intervir quando orientado exclusivamente à proteção desses bens jurídicos. No caso dos delitos próprios que possuem como sujeitos passivos crianças e adolescentes é necessária uma leitura atual, à luz dos princípios informadores do direito da criança e do adolescente, especialmente quando se pensa no princípio da proporcionalidade e nas finalidades das penas. O presente trabalho tem como objetivo estabelecer uma leitura atual do bem jurídico penal, à luz dos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do superior interesse nos delitos que tenham crianças e adolescentes como vítimas. Para tanto, foi utilizada pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa de dados para o alcance do objetivo pretendido. No início do trabalho, realizou-se uma breve digressão sobre a evolução da noção de bem jurídico à luz da finalidade do direito penal. Na sequência, foi estabelecida a premissa de que a Constituição Federal deve ser a fonte primária norteadora dos valores fundamentais que merecem a efetiva proteção. Subsequentemente, procurou-se trazer ao debate a questão relacionada à compreensão da extensão do bem jurídico penal protegido nos crimes próprios com sujeição passiva infanto-adolescente. A partir da constatação de que a crianças e adolescentes são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, observou-se a necessidade de se pensar o bem jurídico penal nos delitos com esta sujeição passiva própria através de uma interpretação sistemática e teleológica, que levasse em consideração os princípios que informam esta área do direito para que se pudesse conduzir à conclusão da extensão do bem jurídico tutelado nestes delitos, bem como sua incidência no âmbito do direito penal de proteção à infância e adolescência ou direito penal repressivo.

PALAVRAS-CHAVE: Crianças e Adolescentes; Direito Penal; Bem jurídico; Proteção de Vítimas.

THE LEGAL INTEREST IN CRIMES WITH JUVENILE VICTIMS: A REINTERPRETATION OF PENAL LEGAL INTEREST IN LIGHT OF THE GUIDING PRINCIPLES OF CHILDREN

ABSTRACT: For criminal intervention, the concept of legal good is paramount and constitutes a legitimizing condition for protection, given that criminal law is only authorized to intervene when it is exclusively aimed at protecting these legal goods. In the case of specific crimes with children and adolescents as passive subjects, a current reading is necessary in light of the guiding principles of children's and adolescents' rights, especially considering the principle of proportionality and the purposes of penalties. This paper aims to establish a current interpretation of the legal good in criminal law, in light of the principles of comprehensive protection, absolute priority, and the best interests in crimes involving children and adolescents as victims. To this end, a bibliographic research with a qualitative data approach was used to achieve the intended objective. At the beginning of the paper, a brief digression on the evolution of the concept of legal good in light of the purpose of criminal law is presented. Subsequently, the premise that the Federal Constitution should be the primary source guiding the fundamental values deserving of effective protection is established. Following this, the debate on understanding the extent of the protected legal good in specific crimes with child and adolescent victims is introduced. Given that children and adolescents are individuals in a peculiar condition of development, the need to consider the legal good in crimes with this specific passive subject through a systematic and teleological interpretation is observed. This interpretation must take into account the principles that inform this area of law to conclude the extent of the legal good protected in these crimes and its incidence within the scope of criminal law for the protection of children and adolescents or repressive criminal law.
KEYWORDS: Children and Adolescents; Criminal Law; Legal Good; Victim Protection.

INTRODUÇÃO

Diariamente crianças e adolescentes são vítimas de delitos no Brasil.[1] São seres humanos com idade inferior a 18 anos e que figuram no polo passivo de condutas consideradas típicas, ilícitas e culpáveis pelo direito penal. A grande maioria dos casos que envolve esta sujeição passiva própria não chega ao conhecimento da maioria da população.[2] Não obstante, quando chega, parece ser de uma maneira incomum, causando revolta e indignação.

Os Meninos emasculados no Maranhão (1991-2003), a Chacina da Candelária (1993), os Casos de João Hélio (2007), Isabella Nardoni (2008), Bernardo Boldrini (2014), Eduarda Shigematsu (2019) e Henry Borel (2021), até pelo fato de serem crimes de sangue, insistem em não sair das lembranças.

1 PEREZ, Fabíola. Brasil perde 19 adolescentes e crianças por dia para a violência. *R7*: São Paulo, 22 out. 2021. Disponível em: https://noticias.r7.com/sao-paulo/brasil-perde-19-adolescentes-e-criancas-por-dia-para-a-violencia-22102021. Acesso em: 30 maio 2024.

2 Sobre o tema, incluindo a questão da redução das notificações no período da pandemia de COVID-19, Cf. LEWANDOWSKI, Mateus Luz *et. al*. Impacto do distanciamento social nas notificações de violência contra crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 37, n. 1, 2021. p. 2-15.

O caso dos meninos emasculados no Maranhão refere-se a uma série de homicídios praticados nos municípios de Paço do Lumiar, São José do Ribamar e São Luiz, localizados no Estado do Maranhão, Brasil, que teve como vítimas meninos com idades entre 4 e 15 anos. Estes meninos foram sequestrados, mutilados (emasculados) e mortos entre os anos de 1991 e 2003, por Francisco das Chagas Rodrigues de Brito. O autor dos crimes só foi preso em dezembro de 2003, mas o caso gerou grande comoção popular e repercussão internacional devido ao nível de violência contra crianças e adolescentes. O episódio foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e somente foi encerrado com o reconhecimento da omissão por parte do Governo Federal do Brasil e do Governo do Estado do Maranhão, com consequente imposição de medidas de reparação e não repetição, na forma do Relatório nº 43/06 da Comissão Interamericana.[3]

A chacina da Candelária trata do assassinato de 1 criança, 5 adolescentes e 2 adultos, todos em situação de rua, enquanto dormiam nas proximidades da Igreja da Candelária, na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 23 de julho de 1993. As investigações apontaram a autoria a um grupo de milicianos. Dos 7 denunciados, 2 foram inocentados e 5 condenados. Dentre os condenados, todos estavam soltos antes de completarem o cumprimento de 20 anos de suas penas.[4]

O caso João Hélio alude ao crime ocorrido na noite de 7 de fevereiro de 2007, na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, Brasil, oportunidade em que João Hélio Fernandes Vieites, de 6 anos de idade, foi assassinado durante um assalto. João Hélio estava no banco traseiro do carro abordado pelos assaltantes, que era dirigido por sua mãe. Depois de rendê-la e obrigarem-na a sair, os bandidos assumiram a direção e arrancaram com o carro sem que a mãe tivesse tempo de tirar o menino. Ele foi arrastado por várias ruas, preso ao cinto de segurança pelo lado de fora do veículo. O crime teve repercussão nacional e internacional.[5]

O caso Isabella Nardoni remete ao homicídio da menina Isabella de Oliveira Nardoni, de 5 anos de idade, que foi asfixiada e posteriormente jogada do 6º andar do Edifício London, situado na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, Brasil, na noite de 29 de março de 2008. Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá, respectivamente pai e madrasta da criança, foram condenados pelo crime de homicídio triplamente qualificado.[6]

---

3 CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informes de Solução Amistosa.* Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/amistosas.asp?Year=2006&Country=BRA. Acesso em: 30 maio 2024.

4 BOECKEL, Cristina; COELHO, Henrique. Sentenciados a pelo menos 200 anos de prisão, condenados pela chacina da Candelária estão fora da cadeia. *G1 Rio*, 23 jul. 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/07/23/sentenciados-a-pelo-menos-200-anos-de-prisao-condenados-pela-chacina-da-candelaria-estao-fora-da-cadeia.ghtml. Acesso em: 30 maio 2024.

5 GLOBO NEWS. Morte de João Hélio faz dez anos com aumento de casos de latrocínios no Rio. *G1*, 7 fev. 2017. Disponível em: https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/morte-do-joao-helio-faz-dez-anos-com-aumento-de-casos-de-latrocinios-no-rio.ghtml. Acesso em: 30 maio 2024.

6 D'AGOSTINO, Rosanne. Pai de Isabella é condenado a 31 anos de prisão por matar a própria filha; madrasta pega 26. *UOL Notícias*: São Paulo, 27 mar. 2010. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/03/27/casal-nardoni-e-condenado.htm. Acesso em: 30 maio 2024.

O caso do Menino Bernardo concerne ao assassinato do menino Bernardo Uglione Boldrini, de 11 anos de idade, ocorrido em 4 de abril de 2014, por meio de ministração de uma superdosagem do medicamento Midazolam, que lhe foi dado pela madrasta, Graciele Ugulini, com participação do pai Leandro Boldrini. Após o homicídio, a madrasta, com a ajuda da amiga Edelvânia Wirganovicz e do irmão desta, Evandro Wirganovicz, enterraram o corpo de Bernardo numa cova de um matagal, no interior da cidade de Frederico Westphalen, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, que só foi localizado no dia 14 de abril de 2014. Todos os envolvidos foram condenados, sendo o pai e a madrasta por homicídio quadruplamente qualificado.[7]

O caso Eduarda Shigematsu diz respeito à criança, de 11 anos de idade, que foi encontrada morta e enterrada no fundo de uma casa que pertence ao pai dela, Ricardo Seidi Shigematsu. O corpo foi localizado no dia 28 de abril de 2019, na cidade de Rolândia, Estado do Paraná, Brasil. O pai foi denunciado pelos crimes de feminicídio, ocultação de cadáver e falsidade ideológica. A avó paterna de Eduarda, Terezinha de Jesus Guinaia, também foi denunciada e vai a julgamento pelos crimes de ocultação de cadáver e falsidade ideológica.[8]

Por fim, o caso Henry Borel trata do assassinato do menino Henry Borel Medeiros, de 4 anos, ocorrido no dia 8 de março de 2021, na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, Brasil. O menino foi morava com a mãe Monique Medeiros e o padrasto, o médico e vereador Jairo Souza Santos Júnior, mais conhecido como Dr. Jairinho. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) denunciou o padrasto Jairo Souza Santos Júnior e a mãe Monique Medeiros crimes de homicídio triplamente qualificado, tortura, fraude processual e coação no curso do processo.[9]

O fato é que, além desses, há uma enorme quantidade de crianças e adolescentes que são vítimas dos mais diversos tipos de crimes e contravenções que lhes lesam uma multiplicidade de bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal de 1988 e pelo ordenamento penal brasileiro. A título de exemplo, vale citar: a integridade corporal, a honra, o patrimônio, a liberdade pessoal, a dignidade sexual, o sentimento religioso, entre outros.

Ocorre que, neste delito próprio, a compreensão do bem jurídico penal protegido não pode ficar circunscrita àquela que foi anunciada muitas vezes com a criação do tipo penal incriminador, mormente quando aquele é contemporâneo histórico do período em que sequer se reconheciam crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. E isto por uma razão clara: a Constituição Federal de 1988, ao acolher a Doutrina da Proteção Integral, em seu artigo 227, impôs uma proteção especial a ser conferida ao público infantojuvenil.

---

7 HEURICH, Joyce. Pai, madrasta e outros dois réus são condenados pela morte do menino Bernardo em Três Passos. *G1 RS:* Três Passos, 15 mar. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/03/15/pai-e--madrasta-sao-condenados-pela-morte-do-menino-bernardo-em-tres-passos.ghtml. Acesso em: 30 maio 2024.

8 G1. STJ decide que pai e avó de Eduarda Shigematsu irão a júri popular. *RPC Londrina*, 9 jul. 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2021/07/09/stj-decide-que-pai-e-avo-de-eduarda-shigematsu-irao-a-juri--popular.ghtml. Acesso em: 30 maio 2024.

9 MPRJ. *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.* MPRJ denuncia Dr. Jairinho e Monique Medeiros por homicídio triplamente qualificado. 6 maio 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/104301?p_p_state=maximized Acesso em: 30 maio 2024.

Essa proteção especial decorre da análise teleológica e sistemática dos princípios orientadores do direito da criança e do adolescente, a saber: a proteção integral, a prioridade absoluta e o superior interesse, que lhes garantem o direito ao desenvolvimento integral, diante de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.[10]

Assim é de se indagar sobre a forma como deve ser compreendido o bem jurídico penal nos crimes próprios com sujeitos passivos crianças e adolescentes. Nesse sentido, a presente investigação pretende verificar, hipoteticamente, a viabilidade de uma interpretação que leve em consideração os aludidos princípios informadores do direito da criança e do adolescente estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU de 1959, na Constituição Federal de 1988, na Convenção dos Direitos da Criança da ONU de 1989 e na Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Desta feita, o objetivo geral do presente trabalho é estabelecer uma leitura atual do bem jurídico penal, à luz dos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do superior interesse nos delitos que tenham crianças e adolescentes como vítimas.

Para tanto, pretende-se traçar uma breve evolução da noção de bem jurídico penal, sempre à luz da finalidade protetiva do direito penal. Na sequência, se estabelece como premissa que a Constituição Federal de 1988 deve ser a fonte primária que norteia os agentes do Sistema de Justiça Criminal na análise sobre os valores fundamentais que merecem a efetiva proteção.

Subsequentemente, procura-se trazer ao debate a questão relacionada à compreensão da extensão semântica do bem jurídico penal protegido nos crimes próprios com sujeição passiva infanto-adolescente, pois conforme o princípio preponderante, o conteúdo semântico pode ser mais ou menos amplo, o que pode gerar dúvida diante dos princípios penais de subsidiariedade e fragmentariedade.

Dentre as características dos princípios, a fundamentadora[11] sofre grave plasticidade, devido ao parâmetro interpretativo que consta no artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja o de que crianças e adolescentes estão em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim, em outro momento do trabalho, enfrenta-se a imbricação entre os princípios especiais da criança e do adolescente e a citada regra de hermenêutica. Mais importante que saber se os princípios especiais da infância e adolescência incidem sobre o direito repressivo é saber como eles incidem, isto é, que efeitos provocam na compreensão do bem jurídico, seu conteúdo semântico e método de interpretação.

A pesquisa justifica-se pela contribuição plural – e em especial para o sistema de justiça penal – que pode ser dada caso resulte profícua a busca por uma determinada

10 Previstos na Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU de 1959, na Constituição Federal de 1988, na Convenção dos Direitos da Criança da ONU de 1989 e na Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

11 GUASTINI, Ricardo. Le fonti del diritto e l'interpretazione. *In: Trattato di Diritto Privato.* A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatte, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993. p. 448-452.

conformação do bem jurídico penal nos crimes com sujeição passiva própria infanto-juvenis, baseada nos princípios constitucionais informadores do direito infanto-adolescente.

Para o alcance dos objetivos pretendidos, foi realizada pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa de dados, que serão a seguir apresentados.

EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE BEM JURÍDICO PENAL

A partir dos ideais trazidos pela Revolução Francesa (fase do Iluminismo ou Ilustração), a dogmática jurídico penal passou a se orientar no sentido de que a finalidade deste ramo do direito seria protetiva. Assim, a finalidade do direito penal está ligada à proteção dos bens mais importantes e necessários para a sobrevivência da sociedade.[12]

Nesse contexto, Luiz Regis Prado afirma que "o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade".[13]

Essa forma de pensar o direito penal, através de sua finalidade protetiva de bens jurídicos, teve início com Johann Michael Franz Birnbaum, em 1834, ao contrapor as ideias de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, para quem o Direito Penal teria por fim proteger direitos subjetivos (do particular ou do Estado). Na visão de Birnbaum, a ideia de bem jurídico era concebida como valor social suscetível de ser lesado.

No final do século XIX, Karl Binding é o primeiro autor a utilizar o termo *bem jurídico*, sustentando que este seria o interesse juridicamente protegido. A norma penal, portanto, seria o meio para a proteção dos bens jurídicos, ante a ameaça da pena. Não obstante, até aquele momento não existia um consenso sobre o conceito de bem jurídico e nem mesmo sobre quais bens jurídicos poderiam ser legitimamente tutelados pelo direito penal.

Já no início do século XX, procurando superar as críticas de mero formalismo na definição de Binding, Franz von Liszt trouxe a compreensão de bens jurídicos como interesses sociais vitais, baseados em circunstâncias sociais concretas. Ou seja, seria a vida que produzia os bens jurídicos e o legislador apenas reconheceria sua proteção.

A partir da década de 1920, com o ideário neokantista, autores como Max Ernst Mayer e Richard Honing abandonam o viés liberal do bem jurídico, ressaltando sua concepção teleológica (ou axiológica), isto é, interpretando-o a partir de seu fim, que é visto nos valores culturais e comunitários. Passou a se sustentar que o legislador é quem criava os bens jurídicos e o fazia ao determinar a devida proteção. Nesse período, todavia, não havia preocupação dogmática jurídica com a liberdade de escolha que estava posta nas mãos do legislador para a edição das normas penais e a autonomia para a escolha dos bens jurídicos a serem protegidos.

---

12 Neste sentido: AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização pela reparação de danos:* a terceira via. Leme: J. H. Mizuno, 2005; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020; ESTEFAM, André. *Direito penal:* parte geral. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022; GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal.* Vol. 1. 24. ed. Barueri: Atlas, 2022; JESUS, Damásio de. *Direito penal:* parte geral. vol. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020; SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal.* vol. 1, 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

13 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 91.

Hans Welzel, no âmbito do finalismo, desenvolveu a partir da década de 1930 a tese da defesa de bens jurídicos com maior ênfase na preocupação em descrever limites à função seletiva do legislador quanto à escolha dos bens a tutelar por meio das normas penais. O bem jurídico passava a ser aquele com significado social vital para a comunidade ou para o indivíduo que é merecedor de proteção jurídica.

No Brasil, ao ensejo do finalismo, Francisco de Assis Toledo procurou conceituar os bens jurídicos como "valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas".[14] Assim, no momento posterior às duas guerras mundiais, o conceito finalista de Welzel teve o mérito de retomar a ideia do *conteúdo material* do bem jurídico, de modo que o cerne do sistema valorativo passa a ser a pessoa humana.

Nesta ocasião, recebendo influência de concepções sociológicas e constitucionais, os bens jurídicos passaram a ser considerados como concretizações de valores constitucionalmente relacionados aos direitos fundamentais. Nas palavras de Claus Roxin, bens jurídicos seriam, então, "realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura a qual garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim".[15]

Desta forma, até os dias atuais a doutrina predominante mantém a orientação em torno da concepção de que o direito penal tem por finalidade a proteção de bens jurídicos, embora não se desconheça a posição de autores como Günther Stratenwerth, Günther Jakobs, Knut Amelung e Andrew von Hirsch no sentido de que a tutela de bens jurídicos não seria essencial para legitimação da intervenção penal.[16]

Com efeito, por tudo o que se viu até aqui, nota-se que não se encontra na dogmática penal uma noção precisa do conceito de bem jurídico, senão aproximações segundo diversos pontos de vista. Como ressalta Luiz Régis Prado: "Apesar de o postulado de que o delito lesa ou ameaça de lesão bens jurídicos ter a concordância quase total e pacífica dos doutrinadores, o mesmo não se pode dizer a respeito do conceito de bem jurídico".[17]

Isso ocorre porque o bem jurídico, assim como ocorre com todo o direito, não versa sobre algo estático, mas sim dinâmico, aberto às mudanças sociais e ao avanço científico. Por outro lado, asserir que a conceituação de bem jurídico é algo dinâmico não tem nada de negativo, posto que se reconhece a modificação constante na valoração dos bens, de modo a incentivar o movimento de descriminalização ou criminalização de condutas e a fixação de penas mais brandas ou mais rigorosas em sintonia com o processo evolutivo humano.

---

14 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16.

15 ROXIN, Claus ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? *In:* HEFENDEHL, Roland (ed.). ***La teoría del bien jurídico.*** Madrid: Ed. Marcial Pons. 2007. p. 448 (tradução livre).

16 Para um maior aprofundamento sobre o tema, vide: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 117-139; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 46-62 e SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal.* vol. 1, 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 144-147.

17 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 29-30.

Neste contexto, seguindo os ensinamentos de André Estefam[18], reforçados por Rogério Greco[19], ressalta-se que "parece que o mais importante não é conceituar bem jurídico ou definir se é este, de fato, o escopo do direito penal. O verdadeiro desafio do penalista consiste em desvendar quais são os limites do legislador para a criação de normas penais". Trata-se do desafio político do direito penal de encontrar quais são os limites para a proteção de bens jurídicos por meio das normas penais.

Ao se buscar compreender esses limites, aos quais o legislador deve estar atendo quando da criação de uma norma penal, é possível encontrar um ponto de grande aproximação entre a dogmática e a política criminal. E aqui está uma das nobres contribuições no estudo da teoria do bem jurídico, haja vista que, como bem recorda Santiago Mir Puig, nem todo bem jurídico requer a tutela penal e se converte em bem jurídico-penal.[20]

Não sem razão, conclui-se que a noção de bem jurídico-penal assume relevância ímpar na análise da valoração de um comportamento, seja como elemento justificador ou limitador da intervenção penal.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO FONTE PRIMÁRIA DE PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICO-PENAIS

Tal como exposto acima, estabelecer os critérios de seleção de bens fundamentais da sociedade não é uma tarefa fácil, afinal exige a compreensão dos valores humanos e a construção de caminhos para a proteção desses na sociedade. Desta maneira, é preciso conhecer, definir e escolher esses bens jurídicos passíveis de prioridade de proteção através do direito penal, visto que para serem tutelados devem ser considerados fundamentais para a convivência pacífica de determinada sociedade. Isso somente reforça o estímulo para que o direito penal consagre os limites deste amparo.

Assim, para que se possam encontrar esses limites de proteção, tem-se que o ponto de partida deve ser a Constituição Federal. Isso porque se nota que, em um Estado Social e Democrático de Direito, fundamentado na dignidade humana, a delimitação de quais valores são considerados elementares para a convivência da comunidade deve estar delineada em sua Carta de Princípios.

Por outro lado, embora as teorias sociológicas do bem jurídico apresentem concepções que buscam identificar o seu conteúdo a partir de argumentos sistêmicos ou de danosidade social, perfilha-se o entendimento, exposto por Luiz Regis Prado, de que

> [...] nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitiva, como também responder, de modo convincente, por que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinadas comportamentos e não outros.[21]

18 ESTEFAM, André. *Direito penal:* parte geral**.** 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 77.
19 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal.* vol. 1. 24. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 43.
20 MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites al *ius puniendi*. *Estudios Penales y Criminológicos*, n° XIV, 1991. p. 207.
21 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 51.

Em verdade, este é o ensinamento de Claus Roxin, para quem a intervenção jurídico-penal só pode decorrer da função do direito penal e esta consiste em garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, "sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos".[22] Além disso, ressalta que os bens jurídicos são "realidades vitais cuja diminuição prejudica, de forma duradoura, a capacidade de rendimento da sociedade e a própria vida dos cidadãos".[23]

Ainda no ensinamento de Roxin, observa-se que a linha diretriz político criminal para se proteger os bens jurídicos se encontra no direito constitucional, sendo esta – a Constituição – o marco onde a punição e a intervenção penal mais dura encontram legitimidade e estão sujeitas aos controles democráticos.[24] Desta forma, observa-se que os valores de envergadura e dignidade constitucional devem servir de referência ao legislador na seleção dos bens jurídicos que serão protegidos pelo direito penal.

A este respeito Paulo de Souza Queiroz leciona que a atuação do Estado está demarcada através dos fundamentos, objetivos e princípios basilares adotados pela Constituição. Assim, fica claro que a exteriorização da soberania estatal, onde se inclui o direito penal, deve se dar em conformidade com a ordem jurídico-política prevista na Constituição, obedecendo aos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça e da igualdade. Desta forma, os direitos fundamentais previstos na Carta Maior serão a fonte para se legitimar e, simultaneamente, limitar a esfera de incidência do direito penal e a punibilidade dos delitos.[25]

Não é outro o magistério de Alice Bianchini, quando assere que o bem jurídico penalmente tutelado retira sua dignidade jurídica do ordenamento constitucional, ainda que o seja de forma implícita. Pode-se dizer, portanto, ser impossível se falar em uma proteção penal de bens que não encontrem amparo na Constituição ou que conflitem com outros valores nela previstos, pois é no texto constitucional que estão dispostos os mais elevados valores de uma sociedade.[26]

Ainda nesta linha de raciocínio, Luiz Régis Prado destaca que "o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto *pelo* direito penal como *ante* o direito penal". Pode-se dizer que quando o poder legislativo reconhece que um bem jurídico possui valor em uma determinada sociedade, este é conceito material do bem jurídico penal. Desta forma, é possível constatar que quando uma Constituição reconhece determinados bens e valores, está proclamando conteúdo material daqueles que

---

22 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.* org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 16-17.
23 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.* org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 18.
24 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.* org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 20-31.
25 QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal.* Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 17-18.
26 BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

a sociedade já reconhece como sendo os que necessitam de distinta proteção. Isso ocorre porque é na norma constitucional que estão previstos os balizamentos para a incriminação ou não de condutas.[27]

De fato, é a norma constitucional que contém os valores supremos consagrados pelo povo, que a editou através do poder constituinte originário, de modo que o legislador infraconstitucional não tem a prerrogativa de contrariar o quadro axiológico existente na Constituição. Por conseguinte, cumpre concluir que a delimitação dos bens jurídicos deve ser extraída da própria Carta Magna.

Seguindo a mesma linha, Ana Luisa Liberatore Bechara, ao tratar da tutela de valores e interesses expressos na norma fundamental, destaca a importância de a Constituição materializar consensos sociais valorativos prévios, visto que poderá ser o referencial em hipóteses de criminalização ou descriminalização, legitimando a limitação ou a ampliação da incidência do direito penal. Este seria o ponto de aproximação do direito penal e da Constituição, permeado pela política criminal.[28]

Utilizando novamente o preciso magistério de Alice Bianchini, seja seguindo as teorias constitucionais do bem jurídico classificadas como (a) *amplas* (onde a Constituição serve de parâmetro para o reconhecimento dos bens jurídicos, sem ser taxativa), seja seguindo as (b) *restritas* (onde o texto constitucional determina, efetiva e taxativamente, quais bens jurídicos devem ser penalmente tutelados), busca-se conciliar, de um lado, os direitos do agressor que serão restringidos; e, de outro, os direitos da vítima e da sociedade.[29]

Não fosse o bastante, deve ser ressaltado também o papel de defesa existente em se considerar a Constituição como parâmetro para aferição dos bens jurídicos. Desta feita, o uso do Texto Maior como preceito orientador implica uma correlação lógica que veda qualquer construção interpretativa ou doutrinária que seja direta ou indiretamente contrária aos direitos fundamentais. Isso porque é na Constituição Federal que estão traçados os referenciais para que se possam reconhecer os bens jurídicos que necessitam receber a proteção penal, assim também as diretrizes para a incriminação ou não de condutas que os lesionem. Desse modo, a aplicação da lei penal, por ser restritiva de direitos e liberdades, somente se justifica quando se destina a tutelar bens e valores estabelecidos na Constituição.

27 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 85.
28 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 52.
29 BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 47.

BEM JURÍDICO PENAL NOS CRIMES PRÓPRIOS COM SUJEITOS PASSIVOS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Feita esta breve digressão sobre a evolução da noção de bem jurídico, analisado seu fundamento constitucional e reconhecida a finalidade protetiva do direito penal, cumpre, neste momento, indagar acerca do bem jurídico penal nos delitos próprios que têm como sujeitos passivos crianças e adolescentes. Portanto, é necessário perquirir sobre a real extensão do bem jurídico protegido (ou dos bens jurídicos protegidos) pelo direito penal naquelas infrações praticadas contra crianças ou adolescentes.

Nesta modalidade de delito próprio, que possui crianças ou adolescentes como ofendidas, uma interpretação literal ou a realização de um mero juízo de subsunção não se mostra capaz de conferir a proteção penal eficiente a estas vítimas. Uma proteção penal compatível com as exigências constitucionais deve ser suficiente e compatível a tutelar os bens jurídicos de que são titulares as crianças e adolescentes, seres humanos em fase de formação.

Assim, no exemplo de um crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal Brasileiro) praticado contra uma criança ou um adolescente, seria correto dizer que a o bem jurídico protegido se exauriria na vida humana? Matar *alguém* teria como significado matar qualquer pessoa, inclusive uma criança ou um adolescente?

Partindo deste questionamento, inúmeros outros passam a emergir, todos eles inegavelmente relacionados com a compreensão da extensão semântica do(s) bem(ns) jurídico-penal(is) protegido(s) nos crimes próprios com sujeição passiva infanto-adolescente. Nesta linha, pode se indagar: qualificadoras e causas de aumento de pena serviriam para garantir a proteção necessária, suficiente e proporcional nos crimes contra a vida ou a dignidade sexual?

A circunstância agravante genérica do artigo 61, inciso II, alínea *h* do Código Penal seria o bastante para exercer a função protetiva penal nos crimes contra a honra ou conta o patrimônio que tenham como vítimas crianças ou adolescentes?

Ou seria necessária uma interpretação que levasse em consideração os princípios informadores do direito da criança e do adolescente estabelecidos na Constituição Federal e nas Convenções e Tratados internacionais sobre a matéria?

Para que se possa responder a essas indagações, é imperioso reconhecer que no caso dos crimes próprios que possuem como sujeitos passivos crianças e adolescentes é necessária uma leitura atual, à luz dos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do superior interesse, que possam conferir a real dimensão do bem tutelado. É que a criança e o adolescente possuem uma nota distintiva, que foi erigida em nível constitucional e que está prevista no direito internacional dos direitos humanos.

Com efeito, ao se afetar um bem jurídico de criança ou adolescente, não se está afetando um bem jurídico qualquer, senão o bem jurídico de uma pessoa em situação peculiar

de desenvolvimento. Nesses crimes de sujeição passiva própria, o bem jurídico tutelado, para além daqueles expressos na norma incriminadora, é o próprio desenvolvimento humano.

A criança ou adolescente vítima de um ilícito penal tem a trajetória do seu desenvolvimento interceptada ou refreada em razão de ter sido vítima de um crime ou contravenção. Assim, deixa de haver uma proteção eficiente aos primeiros anos de vida e surge uma enorme gama de implicações socioeconômicas para a própria criança e, além disso, para o próprio desenvolvimento do Estado, bem como lesão aos direitos humanos em sua expressão de direito ao desenvolvimento humano.

No caso do desenvolvimento de crianças e adolescentes, o artigo 3º da Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) garante todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. À somatória de todos esses aspectos do desenvolvimento assegurados se dá o nome de desenvolvimento integral.

Nesse contexto, se o ser humano já possui um projeto de desenvolvimento que pode ser afetado pela externalidade de ser vítima de um ilícito penal no curso de sua vida, que dizer das crianças e adolescentes enquanto seres em desenvolvimento.

Assim, ser vítima de um delito inquestionavelmente causa marcas no desenvolvimento de qualquer criança ou adolescente. E se assim o é, não se pode reconhecer que o bem jurídico penal lesado neste tipo de delito tenha o mesmo alcance e extensão do que se fosse outra a vítima.

Este raciocínio, caso prevalecesse, seria considerado inconvencional e inconstitucional, eis que estaria igualando situações jurídicas distintas, cujo fator de discrímen fora estabelecido no plano internacional pela Convenção dos Direitos da Criança da ONU (1989) e no plano interno pela Constituição Federal de 1988.

Desta forma, é preciso reconhecer que o bem jurídico tutelado penalmente e o próprio direito penal sofrem a influência dos três grandes princípios informadores da infância e adolescência: a prioridade absoluta, a proteção integral e o superior interesse[30], seja na elaboração ou na aplicação da norma incriminadora.

Tais princípios incidem sobre o direito repressivo da infância e adolescência, pois ante o dever de assegurar o desenvolvimento humano integral de crianças e adolescentes, torna-se necessário verificar o nível de proteção a elas estabelecido pela Constituição da República, sob pena, inclusive, de falar em uma proteção insuficiente.

30 Apenas lembrando que existem autores que adotam classificações diferenciadas sobre os princípios, a exemplo de Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore e Rogério Sanches Cunha, que asserem que o *melhor interesse* seria um *postulado normativo* e os princípios da *proteção integral* e da *prioridade absoluta* metaprincípios. Cf. *Estatuto da criança e do adolescente:* lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 95-96 (Grifo nosso).

PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Diante do que foi até agora exposto, observa-se que para compreender a extensão semântica do bem jurídico-penal protegido nos crimes com sujeição passiva própria de crianças e adolescentes, faz-se necessária uma releitura do bem jurídico penal à luz dos princípios norteadores da criança e do adolescente.

Isso em virtude do conteúdo da norma penal poder vir a ser considerado mais ou menos amplo diante dos princípios penais de subsidiariedade e fragmentariedade, a depender do princípio preponderante no caso concreto. Por esta razão é indispensável trazer à lembrança os ensinamentos de Paulo Bonavides que, embasado em Alberto Trabucchi e Norberto Bobbio, destaca distintas dimensões – ou características – dos princípios: a fundamentadora, a interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa.[31]

Dentre estas dimensões, destaca-se a fundamentadora, por meio da qual os princípios, enquanto mandamentos nucleares de um sistema, devem fundamentar a ordem jurídica onde estão inseridos, de modo que todas as relações jurídicas passem a buscar fundamento na principiologia constitucional. Na visão de Paulo Bonavides, os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, "a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada".[32]

Daí porque a relevância em se compreender, como destaca Ricardo Guastini, a característica fundamentadora[33] dos princípios. No caso deste estudo, em especial dos princípios norteadores do direito da criança e do adolescente, e como estes são utilizados para o dimensionamento do bem jurídico-penal nos crimes em que são vítimas, lembrando que já existe um parâmetro interpretativo no artigo 6º da Lei Federal nº 8.069/1990.

Desta forma, sendo forçosa a análise dos princípios que regem a matéria relativa à proteção de crianças e adolescentes, passa-se a realizar uma breve incursão sobre os seus três princípios norteadores, sempre sob o enfoque de sua influência sobre o bem jurídico penal nos delitos que tenham como sujeitos passivos crianças e adolescentes.

Princípio da proteção integral

O princípio da proteção integral estabelece que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e devem ser protegidos em sua plenitude. Ele está atrelado à doutrina homônima, que passa a se desenvolver em âmbito internacional a partir da Declaração Universal dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (1959)[34], estabelecendo, entre outras, a proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual de crianças e adolescentes.

31 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 283-284.
32 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 283.
33 GUASTINI, Ricardo. Le fonti del diritto e l'interpretazione. *In: Trattato di Diritto Privato.* A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatte, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993. p. 448-452.
34 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal dos direitos da criança.* 1959. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf. Acesso em: 30 maio 2024.

A Convenção dos Direitos da Criança da ONU (1989)[35], subscrita pelo Brasil em janeiro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 28/1990[36] e promulgada pelo Decreto Executivo nº 99.710/1990[37], somente veio a consolidar a doutrina da proteção integral.

Esta doutrina é fundada em três pilares: (1) o de que criança e adolescente são sujeitos de direito; (2) o da afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; e (3) o da prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais. Já o princípio da proteção integral, influenciado pelos estudos do Grupo de trabalho que preparava o texto da Convenção, acabou insculpido no artigo 227 da Constituição da República de 1988, em perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Assim, a criança e o adolescente passaram a ser tratados como sujeitos de direitos em sua integralidade, a eles assegurando a Carta Magna, com cláusula de absoluta prioridade, direitos fundamentais a serem respeitados e implementados pela família, pela sociedade e pelo Estado, incluindo o direito ao desenvolvimento humano.

De fato, de acordo com o princípio da proteção integral, exclusivo desse ramo do direito, Guilherme de Souza Nucci destaca que

> [...] além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um plus, simbolizado pela completa e indisponível tutela estatal para lhes afirma a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento.[38]

Esta fase de amadurecimento ou desenvolvimento, está expressamente resguardada pelo artigo 3º da Lei Federal nº 8.069/1990 quando assegura a crianças e adolescentes todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Para o objeto do presente estudo, interessa reforçar que o princípio da proteção integral, além de todas as demais áreas, também incide diretamente sobre o direito repressivo, com a finalidade de dar a resposta sancionatória adequada e proporcional para condutas de adultos que violam ou colocam em perigo os bens jurídicos de crianças e adolescentes e, consequentemente, seu desenvolvimento integral.

---

35 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção dos direitos da criança.* 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 30 maio 2024.

36 BRASIL. *Decreto Legislativo nº 28/1990.* Aprova o texto da Convenção sobre os direitos da criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo Governo Brasileiro, em 26 de janeiro de 1990. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/535984/publicacao/15755759. Acesso em: 30 maio 2024.

37 BRASIL. *Decreto Federal nº 99.710/1990.* Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 30 maio 2024.

38 NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 27.

Princípio da prioridade absoluta

O princípio da prioridade absoluta é aquele que estabelece a primazia no atendimento dos interesses de crianças e adolescentes. Este princípio decorre do princípio da proteção integral e também está previsto no artigo 227 da Constituição da República, sendo mais detalhado no artigo 4º, parágrafo único, e no artigo 100, parágrafo único, inciso II, da Lei Federal nº 8.069/1990. Seu objetivo é o de dar concretude aos direitos fundamentais descritos nos dispositivos mencionados e aos direitos humanos de crianças e adolescentes previstos em tratados e acordos internacionais de que o Brasil faz parte.[39]

Os destinatários do princípio da prioridade absoluta são todos os membros das entidades protetoras dos direitos das crianças e adolescentes, ou seja, a família, a comunidade, a sociedade em geral e Poder Público. Importante destacar que foi o Poder Constituinte de 1988 que fez a opção por dar dignidade constitucional a esta prioridade, de modo que não há espaço para questionamentos acerca de possível alegação de violação do princípio da isonomia.

Não por outro motivo, o princípio leva em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, pois a criança e o adolescente possuem uma fragilidade peculiar de pessoa em formação, correndo mais riscos que um adulto, por exemplo. Portanto, o interesse a ser tutelado em primeiro lugar deve ser sempre o das crianças e adolescentes.

Ora, se existe uma primazia na proteção dos interesses de crianças e adolescentes visando salvaguardar seu direito a um desenvolvimento integral, muito maior é a razão de ser da efetividade do direito penal aplicado a casos em que crianças e adolescentes são vítimas de delitos.

Princípio do superior interesse

Complementando a tríade de princípios informadores do direito da criança e do adolescente, está o princípio do superior interesse (também nominado de melhor interesse, melhores interesses[40], interesse maior da criança[41], *best interests of the child*[42], *best interest*[43]).

39 Mantendo-se a tese fixada no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, onde o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o nível *supralegal* dos tratados de diretos humanos internalizados mediante aprovação por maioria simples no Congresso Nacional. Para aprofundamento no tema, vide: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
40 BRASIL. *Decreto Federal nº 99.710/1990.* Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 30 maio 2024. (artigos 37, letra *c* e artigo 40, § 2º, letra b, item III.)
41 BRASIL. *Decreto Federal nº 99.710/1990.* Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 30 maio 2024. (artigo 9, § 3º).
42 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração dos Direitos da Criança (1959).* Nova Iorque, 1959. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html. Acesso em: 30 maio 2024. (princípio 2)
43 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente:* aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 81.

O princípio do superior interesse é aquele que atende objetivamente à dignidade de crianças e adolescentes, enquanto pessoas em desenvolvimento, efetivando seus direitos fundamentais no maior grau possível.

Tal princípio não estava expressamente previsto na Constituição da República ou na redação original do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas poderia ser encontrado no princípio 2 da Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU (1959), bem como no artigo 3º, item 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Em 2009, com as alterações promovidas pela Lei Federal nº 12.010, o artigo 100, parágrafo único, inciso IV, do ECA, ao enunciar os princípios que regem a aplicação das medidas de proteção, passou a definir o *interesse superior* da criança e do adolescente: "a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto".

Desta forma, o princípio do superior interesse ganha importância na análise do caso concreto, devendo prevalecer sobre todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, garantindo os direitos fundamentais infantojuvenis da forma mais ampla possível.

É importante, aqui, destacar o escólio de Andrea Rodrigues Amin:

> Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras. Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete.[44]

Assim, é tranquilo afirmar que o princípio do superior interesse também exerce influência sobre a delimitação do bem jurídico penal nos crimes em que o sujeito passivo sejam crianças ou adolescentes.

DIREITO PENAL DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA OU DIREITO PENAL REPRESIVO

Observado que o direito penal tem uma função protetiva de bens jurídicos, e que crianças e adolescentes são titulares de bens jurídicos sobre os quais incidem os princípios orientadores do direito infanto-adolescente, é preciso indagar acerca de sua esfera de incidência.

A grande maioria da doutrina sobre o assunto se lembra de tratar desta questão em duas frentes: (a) aquela relacionada ao direito protetivo em sentido estrito (associada à garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, às medidas de proteção e aos processos judiciais) e (b) aquela relativa ao direito socioeducativo ou direito infracional (referente às crianças e adolescentes em conflito com a lei).

---

44 AMIN, Andrea Rodrigues. *In:* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente:* aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 82.

Assim, não faltam livros, linhas e ensinamentos quando se fala em proteção de crianças e adolescentes que tenham seus os direitos ameaçados ou violados de forma a estarem em situação de risco (artigo 98 do ECA), assim também às crianças e aos adolescentes que sejam sujeitos ativos de condutas descritas como crimes ou contravenções penais (autores de atos infracionais na forma do que dispõe o artigo 103 do ECA).

Mas, tal como ocorre na seara da dogmática penal, da criminologia e da política criminal, o papel da vítima até aqui também tem sido neutralizado quando o espectro de incidência versa sobre delitos nos quais o sujeito passivo seja uma criança ou adolescente. É dizer: esquece-se da aplicação dos princípios orientadores do direito infantojuvenil exatamente naqueles casos em que crianças e adolescentes são vítimas de delitos e estão, portanto, em posição de maior vulnerabilidade.

Com efeito, é forçoso concluir que os amplos debates da dogmática jurídico penal das últimas décadas tem se concentrado no crime e nas garantias fundamentais do autor do fato, relegando a vítima a segundo plano, ainda que se tratem de vítimas especiais vulneráveis, como é a hipótese de crianças e adolescentes. E, se isso não deve acontecer, que dizer nos casos em que as vítimas têm uma absoluta prioridade de atenção que fora estabelecida pelo Poder Constituinte? É a violência contra crianças e adolescentes sendo causa e consequência da violação de direitos humanos.

A abordagem dos sistemas penal e processual penal brasileiro, nos lembra Luciane Pötter, ofende "não apenas os direitos dos acusados – discurso corrente das teses garantistas – mas, fundamentalmente, os direitos das vítimas, visto tratá-las como simples objeto e não como sujeito de direitos".[45] No mesmo sentido é o escólio de Eduardo Saad Diniz, quando assere sobre a necessidade de as ciências criminais darem visibilidade à vítima – que não era visível – e se iniciar um processo de revisão de seu lugar científico.[46]

Destarte, é imperiosa a retomada do estudo do direito penal – no caso em apreço, sob o enfoque da extensão do bem jurídico protegido em determinados crimes – com a real dimensão do papel da vítima. Neste ponto, e no enfoque do presente trabalho, é de destaque o ensinamento de Antonio Cezar Lima da Fonseca, quando conceitua o Direito Penal de Proteção à Infância e Adolescência como "o conjunto de normas penais que protegem a criança e o adolescente, ou seja, ao conjunto de dispositivos penais que têm a criança e o adolescente como vitimados".[47]

No mesmo sentido, destaca Claudio do Prado Amaral:

45 POTTER, Luciane. *Vitimização secundária infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar*. Por uma política pública de redução de danos. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 37

46 SAAD-DINIZ, Eduardo. O lugar da vítima nas ciências criminais como estratégia de pesquisa. *In:* SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais.* São Paulo: LiberArs, 2017. p. 13.

47 FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 18.

> [...] Existem regras penais e administrativas que proíbem comportamentos que lesam ou colocam em perigo crianças e adolescentes. A esse conjunto de normas denominamos *direito repressivo da infância e juventude*. Embora sejam denominadas regras repressivas, elas também estão funcionalizadas pela proteção integral e, portanto, são normas que promovem prevenção geral positiva, isto é, são usadas para reafirmar a ordem jurídica quando esta vier a ser violada. Essa é a função das normas ordenadoras de condutas penais e administrativas conforme doutrina dominante. Portanto, a rigor, não somente não se trata de uma função precipuamente repressiva, como também tem intenções preventivas.[48]

Seja qual for a nomenclatura utilizada, Direito Penal de Proteção à Infância e Adolescência ou Direito Repressivo da Infância e Juventude, o importante é que este ramo do direito da criança e do adolescente se preocupa com as situações em que estas figuram como sujeitos passivos de condutas típicas, ilícitas e culpáveis.

Tal prisma de proteção da infância e juventude tem fundamento no fato de que, de modo geral, crianças e adolescentes são mais vulneráveis a ser vítimas de ilícitos, isto é, os delitos são cometidos mais facilmente contra elas do que contra adultos e, frequentemente, o são longe dos olhos de testemunhas diretas.

A propósito, vale-se da lição de Emílio Mira y Lopes, quando assere ser impossível que haja dúvidas acerca da constituição corporal como fator morfológico que influencia a pessoa a ponto de determinar um sentimento de superioridade ou inferioridade física diante de uma situação e sua forma de reagir a ela.[49]

Ademais, uma infração administrativa ou um crime contra crianças e adolescentes pode comprometer muito seu desenvolvimento, de maneira irreversível ou de difícil reversão, com custos sociais e econômicos elevados e comprometedores para o Estado e toda a sociedade. Tais infrações têm sempre como sujeito passivo imediato uma criança ou adolescente e a sociedade como sujeito passivo mediato.

Esses delitos atingem frontalmente os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, suas consequências são perenes e põem em risco o equilíbrio biopsicossocial para o resto de suas vidas. O desvalor do resultado, portanto, é superior àquele que ocorreria se o delito houvesse sido praticado contra um ser humano com desenvolvimento completo e sua constatação e mensuração só poderá ser feita em momento posterior e de modo individualizado, eis que cada uma dessas vítimas em peculiar condição sofrerá as incidências da afetação desviante de modo diferente, a depender de como vivenciou aquela experiência traumática.

Esta interpretação parte da premissa de que não há delito sem ofensa ao bem jurídico, viabilizando a aplicação de uma sanção penal proporcional ao resultado. Portanto, impõe perquirir o resultado ofensivo enquanto objetivamente prejudicial ao bem jurídico tutelado.

---

48 AMARAL, Cláudio do Prado. *Curso de direito da infância e da adolescência:* bases, direitos fundamentais, políticas públicas e medidas protetivas. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020. p. 96.
49 MIRA Y LOPES, Emílio. *Manual de psicologia jurídica.* Leme: CL Edijur, 2018. p. 45-46.

Adverte-se, ainda, que grande parte dos delitos dos quais são vítimas crianças e adolescentes ocorrem no ambiente doméstico[50] ou familiar[51], onde a tendência é de se ocultar a violência perpetrada. Apesar do silêncio e da resistência das vítimas da violência familiar em não denunciarem as agressões, concorrendo para as *cifras negras*[52] ou *cifras ocultas* e a impunidade, os índices da violência intrafamiliar são alarmantes e preocupam o mundo todo.[53]

Assim, por todo o exposto, e já reforçada a importância do Direito Repressivo da Infância e Juventude como ramo do direito da criança e do adolescente se preocupa com as situações em que estas figuram como sujeitos passivos de delitos, imperioso consignar que é nesta sede que merece ser aprofundado o tema objeto deste trabalho, almejando melhor compreender a real extensão do bem jurídico penal de crianças e adolescentes.

UMA PROPOSTA PARA COMPREENSÃO DO BEM JURÍDICO PENAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

À luz do que se viu até aqui, observa-se que para que os integrantes do sistema de justiça criminal possam alcançar a compreensão completa da dimensão do bem jurídico penal protegido nos crimes com sujeição passiva própria de crianças e adolescentes é necessária a utilização de uma hermenêutica jurídica própria.

Somente a interpretação sistemática e teleológica dos princípios orientadores do direito da criança e do adolescente ante o direito penal conduz à conclusão de que o bem jurídico tutelado nos crimes com sujeição passiva infantojuvenil merece uma nota distintiva, eis que versam sobre a tutela do próprio desenvolvimento humano integral.

É preciso destacar que o não reconhecimento desses princípios integradores do direito da criança e do adolescente na esfera da proteção jurídico penal representa, para crianças e adolescentes, verdadeiro obstáculo ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, e o reconhecimento de que o bem jurídico penal está sendo apenas parcialmente protegido.

A respeito do tema, convém reforçar que, quando do advento do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940), poucas normas estavam previstas para a função de proteção penal de sujeitos passivos de delitos representados por crianças ou adolescentes. Pode ser notada uma proteção direta na redação dos artigos 245 e 248 e uma proteção indireta na redação original dos artigos 217 e 218 ou no artigo 61, inciso I, alínea *h*, sempre insuficientes para coibir tal criminalidade.

---

50 A Lei Federal nº 11.340/2006 definiu *âmbito doméstico* como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas (art. 5, inc. I).

51 A Lei Federal nº 11.340/2006 definiu *âmbito da família* como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (art. 5, inc. II).

52 Na lição de Sérgio Salomão Schecaira, as cifras negras correspondem à diferença entre os casos comunicados e os fatos delituosos efetivamente ocorridos. Vide: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 172.

53 LEAL, César Barros. A criança e a violência doméstica. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Org.). *Violência e vitimização.* A face sombria do cotidiano. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 43.

Ocorre que, como bem pontuado por Mário Luiz Ramidoff e Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff, a partir de 1988 o direito da criança e do adolescente passou a ser orientado pelo novo marco epistemológico fundante da proteção integral, que criou um novo espaço onde estes sujeitos passaram a ser titulares de subjetividade em perspectiva emancipatória.[54] Ou seja, houve uma guinada de paradigma.

Desta forma, a dogmática penal pós-1988 necessita estar atenta para dimensionar adequadamente o bem jurídico penal lesado nos delitos contra crianças e adolescentes à luz desse novo referencial.

Isso porque não se pode perder de vista que o bem jurídico possui uma função político-criminal que constitui um dos critérios principais de individualização e de delimitação da matéria destinada a ser objeto da tutela penal.

A relação entre bem jurídico e pena opera uma simbiose entre o valor do bem jurídico e a função da pena: de um lado, tendo-se presente que se deve tutelar o que em si mesmo possui um valor, o marco da pena não é senão uma consequência imposta pela condição valiosa do bem; de outro lado, e ao mesmo tempo, a significação social do bem se vê confirmada precisamente porque para a sua proteção vem estabelecida a pena. É dizer, a sanção penal deve ser graduada em função da gravidade da lesão.

Levando-se em consideração os princípios da proteção integral, da primazia e do superior interesse, bem como que o direito penal possui função protetiva, é inarredável a conclusão de que está havendo proteção deficiente ao bem jurídico penal nos delitos com sujeição passiva própria infantojuvenil.

Ao justificar o que se afirma, observe-se o que ocorre no exemplo de um crime de roubo (atualmente previsto no artigo 157 do Código Penal Brasileiro). Se o sujeito ativo do delito subtrai coisa móvel alheia para si mediante violência contra criança ou adolescente – sendo o fato típico, ilícito e culpável –, os instrumentos de que dispõe os integrantes do sistema de justiça para aplicar uma sanção penal proporcional ao bem jurídico lesado são a circunstância agravante genérica do artigo 61, inciso II, alínea *h*, do mesmo código (isso se a vítima for criança) e as circunstâncias judiciais do artigo 59.

Estes instrumentos, acrescidos ao Código Penal através da Lei Federal nº 7.209/1984 (que reformulou a Parte Geral), foram elaborados em momento no qual o Brasil sequer seguia a doutrina da proteção integral, e são insuficientes para garantir uma sanção penal proporcional àquele que escolhe, de forma livre e consciente, subjugar como vítimas de um roubo crianças ou adolescentes, afetando seu desenvolvimento humano integral.

São insuficientes e geram uma proteção deficiente do Estado Brasileiro também pelo fato de impossibilitarem aos operadores do sistema de justiça criminal que cumpram com a finalidade da individualização das penas, eis que estas deveriam importar em uma opção por aquela que garantisse a *reprovação* e *prevenção* do crime, tal como previsto no

54 RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. *Lições de direito da criança e do adolescente:* ato infracional e medidas socioeducativas. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 47.

item 50 da Exposição de Motivos da Parte Geral e no artigo 59 do Código Penal, e, também, por não serem capazes de permitir com que seja observado o mandamento previsto no § 4º do artigo 227 da Constituição de 1988 ("A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente").

Destarte, para a melhor interpretação do texto constitucional e legal, não se deve ater à sua literalidade, revelando-se imperioso que se proceda à uma exegese sistemática e teleológica da norma. De fato, o sistema jurídico é um sistema lógico com estrutura interna unitária e articulada e não simples conjugação de proposições normativas sem qualquer conexão entre si, como já nos alertava Pontes de Miranda.[55]

Não se deve, desse modo, segundo lição de Eros Grau, interpretar o direito em tiras, sob pena de se realizar exegese estéril, desprendida do sistema jurídico e que não guiará o intérprete ao almejado significado normativo.

A propósito:

> A interpretação do direito é interpretação do direito no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.[56]

Por corolário, Carlos Maximiliano, ao tratar do tema, destacou:

> O Direito é um todo orgânico; portanto não seria lícito apreciar-lhe uma parte isolada, com indiferença pelo acordo com as demais. Não há intérprete seguro sem uma cultura completa. O exegeta de normas isoladas será um leguleio; só o sistematizador merece o nome de jurisconsulto; e, para sistematizar, é indispensável ser capaz de abranger, de um relance, o complexo inteiro, ter a largueza de vistas do conhecedor perfeito de uma ciência e das outras disciplinas, propedêuticas e complementares.[57]

Ao lado da interpretação sistemática, ademais, deve-se perquirir, igualmente, a finalidade dos princípios orientadores em apreço, a sua razão de existir, valorando, desse modo, o real sentido do texto.

Estabelecidas essas premissas, deve se ter presente que o direito da infância e da juventude é informado por princípios próprios, notadamente pelos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do superior interesse, todos extraídos diretamente da Constituição, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do próprio Sistema Internacional Protetivo infantojuvenil, sendo considerados condicionantes da interpretação das normas jurídicas sobre a matéria.

---

55 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado:* validade, nulidade e anulabilidade. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 13-26.

56 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 44.

57 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 189.

Nesse diapasão, importa consignar que a adoção dos princípios que informam o direito da infância e da juventude como critério capaz de evidenciar a real extensão do bem jurídico penal lesado nos delitos que tenham como vítimas crianças e adolescentes é o caminho pelo qual melhor se resguardam seus direitos fundamentais, respeitando-se sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se analisar a maneira como vem sendo interpretada a extensão do bem jurídico penal nos delitos que tenham sujeição passiva própria infanto-adolescente no Brasil, nota-se que ainda não se faz uma interpretação teleológica e sistemática à luz dos princípios informadores do direito da criança e do adolescente.

O bem jurídico penal nesses injustos não tem recebido, por parte dos agentes que compõem o sistema de justiça criminal, a devida compreensão de sua extensão de modo a observar seus ditames constitucionais e legais. Esta situação é preocupante, especialmente porque aparenta menosprezar a única área do direito que goza de prioridade constitucional.

De outro lado, os números revelam que cada vez mais crianças e adolescentes têm sido vítimas de delitos, bem como que por ainda serem humanos em formação, terão consequências indeléveis no seu desenvolvimento integral.

Este cenário só reforça a necessidade de se ter sempre em mente o fato de que crianças e adolescentes são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e que, por esta razão, devem ter o bem jurídico penal lesado interpretado e avaliado sob a principiologia própria do direito infantojuvenil.

Desta forma, é imprescindível que se reconheça que o próprio sistema de proteção previsto pelo direito da criança e do adolescente através da Constituição de 1988 – e complementado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – já fornece parâmetros suficientes para uma análise crítico-reflexiva capaz de possibilitar o real dimensionamento do bem lesado neste tipo de delito.

Por isso, seria muito pobre, do ponto de vista da ciência penal, dizer que o bem jurídico protegido nesses ilícitos são crianças e adolescentes. Precisamente, o que se protege penalmente é o desenvolvimento humano. O contrário seria subjetivar o bem jurídico em função de um grupo de pessoas conforme a idade, quando aquilo que nos parece mais correto é objetivizar o bem jurídico, atribuindo-lhe um conteúdo semântico mais passível de ser mensurado conforme a lesão ou o perigo de lesão presente no caso concreto. Dizer que o bem jurídico protegido é o desenvolvimento humano nos primeiros anos de vida permite essa visão *quanti* e *quali* do desvalor da ação ou do resultado em cada caso.

Dar o devido tratamento a este bem jurídico, promovendo uma resposta penal proporcionalmente capaz de conferir uma proteção penal eficiente e eficaz às crianças e adolescentes, parece ser um caminho coerente para que o Brasil consiga reduzir os números alarmantes desta forma de violência.

A evolução verificada com o advento da Constituição de 1988, que adotou a doutrina da proteção integral, passa pela premissa de que crianças e adolescentes vitimizados não devem ser vistos somente como sujeitos de direitos, pois também precisam ser efetivamente tidos como seres em desenvolvimento e que, assim, necessitam de uma proteção jurídico-penal diferenciada.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. *Curso de direito da infância e da adolescência:* bases, direitos fundamentais, políticas públicas e medidas protetivas. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020. p. 96.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização pela reparação de danos:* a terceira via. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

AMIN, Andrea Rodrigues. *In:* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente:* aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOECKEL, Cristina; COELHO, Henrique. Sentenciados a pelo menos 200 anos de prisão, condenados pela chacina da Candelária estão fora da cadeia. *G1 Rio*, 23 jul. 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/07/23/sentenciados-a-pelo-menos-200-anos-de-prisao-condenados-pela-chacina-da-candelaria-estao-fora-da-cadeia.ghtml. Acesso em: 30 maio 2024.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 28/1990*. Aprova o texto da Convenção sobre os direitos da criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo Governo Brasileiro, em 26 de janeiro de 1990. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/535984/publicacao/15755759. Acesso em: 30 maio 2024.

BRASIL. *Decreto Federal nº 99.710/1990.* Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 30 maio 2024.

CIDH. *Comissão Interamericana de Direitos Humanos.* Informes de Solução Amistosa. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/amistosas.asp?Year=2006&Country=BRA. Acesso em: 30 maio 2024.

D’AGOSTINO, Rosanne. Pai de Isabella é condenado a 31 anos de prisão por matar a própria filha; madrasta pega 26. *UOL Notícias*: São Paulo, 27 mar. 2010. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/03/27/casal-nardoni-e-condenado.htm. Acesso em: 30 maio 2024.

ESTEFAM, André. *Direito penal:* parte geral. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

G1. STJ decide que pai e avó de Eduarda Shigematsu irão a júri popular. *RPC Londrina*, 9 jul. 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2021/07/09/stj-decide-que-pai-e-avo-de-eduarda-shigematsu-irao-a-juri-popular.ghtml. Acesso em: 30 maio 2024.

GLOBO NEWS. Morte de João Hélio faz dez anos com aumento de casos de latrocínios no Rio. *G1*, 7 fev. 2017. Disponível em: https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/morte-do-joao-helio-faz-dez-anos-com-aumento-de-casos-de-latrocinios-no-rio.ghtml. Acesso em: 30 maio 2024.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal.* Vol. 1. 24. ed. Barueri: Atlas, 2022.

GUASTINI, Ricardo. Le fonti del diritto e l'interpretazione. *In: Trattato di Diritto Privato.* A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatte, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993.

HEURICH, Joyce. Pai, madrasta e outros dois réus são condenados pela morte do menino Bernardo em Três Passos. *G1 RS*: Três Passos, 15 mar. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/03/15/pai-e-madrasta-sao-condenados-pela-morte-do-menino-bernardo-em-tres-passos.ghtml. Acesso em: 30 maio 2024.

JESUS, Damásio de. *Direito penal:* parte geral. vol. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEAL, César Barros. A criança e a violência doméstica. *In:* LEAL, César Barros; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Org.). *Violência e vitimização.* A face sombria do cotidiano. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEWANDOWSKI, Mateus Luz *et. al*. Impacto do distanciamento social nas notificações de violência contra crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 37, n. 1, 2021. p. 2-15.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente:* aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRA Y LOPES, Emílio. *Manual de psicologia jurídica*. Leme: CL Edijur, 2018.

MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites al ius puniendi. *Estudios penales y criminológicos*, n° XIV, 1991.

MPRJ. *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.* MPRJ denuncia Dr. Jairinho e Monique Medeiros por homicídio triplamente qualificado. 6 maio 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/104301?p_p_state=maximized. Acesso em: 30 maio 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ONU. *Declaração universal dos direitos da criança.* 1959. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf. Acesso em: 30 maio 2024.

ONU. *Convenção dos direitos da criança.* 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 30 maio 2024.

PEREZ, Fabíola. Brasil perde 19 adolescentes e crianças por dia para a violência. *R7*: São Paulo, 22 out. 2021. Disponível em: https://noticias.r7.com/sao-paulo/brasil-perde-19-adolescentes-e-criancas-por-dia-para-a-violencia-22102021. Acesso em: 30 maio 2024.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado:* validade, nulidade e anulabilidade. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

POTTER, Luciane. *Vitimização secundária infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar.* Por uma política pública de redução de danos. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal.* Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. *Lições de direito da criança e do adolescente:* ato infracional e medidas socioeducativas. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.* org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? *In:* HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico.* Madrid: Ed. Marcial Pons. 2007.

ROSSATO, Luciano Alves; LEPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente:* Lei nº 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O lugar da vítima nas ciências criminais como estratégia de pesquisa. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais.* São Paulo: LiberArs, 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal.* vol. 1, 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAPÍTULO 6

A BUSCA DA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE ATRAVÉS DA POLÍTICA EFETIVA DO *CRIMINAL COMPLIANCE* E SEU IMPACTO TECNOLÓGICO

Data de aceite: 03/09/2024

Carolina Dubena Nagorski
Graduanda em Direito pela Universidade do Contestado - UNC, Campus Rio Negrinho
Santa Catarina, Brasil

Jaciel Santos Karvat
Professor Universitário no curso de Direito da Universidade do Contestado-UNC, Campus Rio Negrinho
Santa Catarina, Brasil

O presente trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq - Brasil.

RESUMO: O presente artigo aborda a importância do criminal *compliance* como um mecanismo de prevenção e redução da criminalidade dentro das empresas, dando enfoque para sua implementação e demonstrando o impacto da tecnologia nesse processo. Inicialmente, discute-se o conceito de criminal *compliance*, destacando sua origem e a relevância da conformidade não apenas com normas legais, mas também com padrões éticos e políticas empresariais. A prevenção é a característica central dessa abordagem, buscando antecipar e mitigar riscos de condutas criminosas antes que estas ocorram. A implementação eficaz de políticas de *compliance* envolve a criação de uma cultura organizacional de conformidade, onde líderes e colaboradores se comprometem com a observância das regras estabelecidas. O papel dos *Compliance Officers* é crucial nesse contexto, haja vista serem os responsáveis por supervisionar a aplicação das políticas e promover a educação contínua sobre a importância do *compliance*. A tecnologia desempenha um papel significativo na detecção e prevenção de atividades ilícitas, com sistemas de monitoramento e análise de dados que permitem identificar comportamentos suspeitos e tomar ações preventivas de maneira eficiente. O uso de soluções tecnológicas avançadas, como inteligência artificial e “big data”, potencializa a capacidade das empresas de prever e responder a riscos, melhorando a eficácia dos programas de *compliance*. O artigo também destaca a necessidade de canais de denúncia eficazes e a importância de auditorias internas para garantir a atualização e a efetividade das políticas implementadas.

PALAVRAS-CHAVE: Política; Compliance; Tecnologia; Criminalidade; Prevenção.

THE SEARCH FOR REDUCING CRIME THROUGH THE EFFECTIVE CRIMINAL COMPLIANCE POLICY AND ITS TECHNOLOGICAL IMPACT

ABSTRACT: This article addresses the importance of Criminal Compliance as a mechanism for preventing and reducing crime within companies, focusing on its implementation and demonstrating the impact of technology on this process. Initially, the concept of Criminal Compliance is discussed, highlighting its origin and the relevance of compliance not only with legal norms, but also with ethical standards and business policies. Prevention is the central characteristic of this approach, seeking to anticipate and mitigate the risks of criminal conduct before it occurs. The effective implementation of Compliance policies involves the creation of an organizational culture of compliance, where leaders and employees are committed to observing the established rules. The role of Compliance Officers is crucial in this context, as they are responsible for supervising the application of policies and promoting continuous education on the importance of Compliance. Technology plays a significant role in detecting and preventing illicit activities, with monitoring and data analysis systems that allow us to identify suspicious behavior and take preventive actions efficiently. The use of advanced technological solutions, such as artificial intelligence and "big data", enhances companies' ability to predict and respond to risks, improving the effectiveness of Compliance programs. The article also highlights the need for effective reporting channels and the importance of internal audits to ensure the updating and effectiveness of implemented policies.

KEYWORDS: Policy; Compliance; Technology; Crime; Prevention.

INTRODUÇÃO

O crescente aumento do registro de delitos criminais ocorridos nos ambientes empresariais, assim como o constante aumento da concorrência entre as corporações, têm imposto novos estímulos às empresas, especialmente no que tange à conformidade legal e ética. Nesse contexto, as políticas de Criminal *Compliance* surgem como ferramentas especialmente designadas para a prevenção de atividades ilícitas dentro das organizações. O termo "*compliance*" deriva do verbo inglês "to comply", que significa estar em conformidade com algo. Quando aplicado ao contexto criminal, abrange um conjunto de medidas voltadas principalmente para a prevenção de crimes e redução da responsabilidade penal das empresas.

O principal objetivo deste artigo é investigar a eficácia da implementação de políticas de criminal *compliance*, aliadas ao uso de tecnologia, na redução da criminalidade em empresas e organizações. Este estudo busca responder à questão central: qual é a eficácia dessa política na prevenção de crimes e como a tecnologia pode potencializar esses esforços?

Para elucidar essas questões analisar-se-á, primeiramente, a definição e o escopo do criminal *compliance*, destacando a sua importância na prevenção de delitos e na criação de um ambiente corporativo ético.

Em seguida, explora-se o papel das empresas na implementação dessas políticas, enfatizando a necessidade de um compromisso efetivo de todos os níveis hierárquicos,

desde a alta gestão até os funcionários operacionais. A criação de uma cultura de *compliance* é essencial para o sucesso dessa política e exige uma série de ações coordenadas, como a formação de equipes especializadas (os chamados *Compliance Officers*), a implementação de canais de denúncia e a promoção de treinamentos regulares aos funcionários.

Posteriormente, será estudado o impacto da tecnologia nas políticas de *compliance*. A incorporação de soluções tecnológicas avançadas têm um papel fundamental na identificação e mitigação de riscos. Os sistemas de monitoramento e análise de dados permitem uma vigilância contínua e eficiente, detectando padrões de comportamento suspeitos e facilitando a tomada de decisões informadas. A tecnologia não apenas melhora a eficácia dos programas de *compliance*, mas também amplia a capacidade das empresas de responder rapidamente a possíveis violações.

Ao final da investigação, buscaremos avaliar a eficácia dessas políticas na redução da criminalidade. Importante destacar que medir o impacto real das políticas de *compliance* envolve a análise de várias métricas, as quais serão abordadas de forma generalizada, haja vista a limitação do tema da pesquisa. Entre os principais pontos que serão debatidos, cita-se a redução de multas e penalidades, a melhoria na cultura ética e no ambiente de trabalho, e a capacidade da empresa de identificar, prevenir e responder adequadamente a violações.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Breves considerações acerca do conceito de Criminal *Compliance*

Segundo Saavedra (2016, p. 250), "o termo *Compliance* tem origem na língua inglesa e é uma derivação do verbo inglês '*to comply*', que significa estar em conformidade, cumprir, executar, satisfazer, realizar algo imposto". Ao adentrar na esfera criminal, o *compliance* passa a ter o seu significado implementado por elementos de direito penal e de criminologia, podendo ser definido como "o estudo dos controles internos e outras medidas que podem ser adotadas em empresas e instituições financeiras com o fim de prevenção de crimes" (SAAVEDRA, 2016, p. 11/12).

No mesmo sentido, é a definição trazida por Silveira (2015, p. 65), ensinando que a política do criminal *compliance* vai além do mero cumprimento de leis, passando a significar também

> [...] a adoção, pela empresa, de medidas internas destinadas a assegurar a observância de leis, estandartes e diretivas empresariais. Vê-se, assim, certa ambivalência de sua acepção: em termos amplos, refere-se à observância de parâmetros não só legais, mas também de caráter ético e de política empresarial, enquanto em sentido estrito faria referência exclusiva à normativa legal pertinente.

É possível verificar que uma das principais características do criminal *compliance* é a ênfase na prevenção de delitos, através da implementação de políticas e procedimentos que visam identificar e mitigar os riscos de ocorrência de condutas criminosas. Segundo Neira (2016, p. 469, tradução nossa),

> [...] o criminal *compliance* tem um âmbito muito mais limitado, limitando-se a prevenir o risco de prática de crimes, de tal forma que a sua implementação é mais simples, dado que a sua eficácia na prevenção de riscos se limita a este sector da legalidade, qual seja, o Direito Penal[1].

Dando enfoque para o aspecto preventivo do criminal *compliance* é o ensinamento de Saavedra (2011, p. 11 *apud* SOBRINHO, 2017, p. 62):

> Consiste no estudo e implementação dos controles internos e de outras medidas que podem ser adotadas pelas organizações com o fim de prevenção de crimes. Uma das principais características do criminal compliance, que o distanciam do direito penal tradicional, é a sua aplicação preventiva, haja vista que aquele opera na análise ex post de crimes. Desta forma, o criminal compliance atua ex ante factum, buscando prevenir a ocorrência de crimes e, consequentemente, evitar a persecução penal, através de controles internos, dentro das empresas ou instituições.

Resta claro, portanto, que o objetivo principal da política de criminal *compliance* é a prevenção da responsabilização criminal, onde a empresa realiza determinadas ações a fim de impedir que comportamentos criminosos se criem e se disseminem no ambiente empresarial, evitando dessa forma uma atuação repressiva e punitiva após as condutas ilícitas já terem se concretizado, papel esse destinado ao direito penal.

Ainda sobre o caráter preventivo da referida política, Thomas Rotsch, afirma que "o criminal compliance se destina a evitar a responsabilidade criminal, ou seja, deve ser capaz de antecipar uma possível responsabilidade penal no que diz respeito a um comportamento futuro" (2010, p. 616, tradução nossa)[2].

Além da prevenção, o criminal *compliance* também engloba a detecção de eventuais condutas criminosas que ocorram dentro da organização. Isso envolve a implementação de canais de denúncia, investigações internas imparciais e eficientes, além da cooperação com autoridades reguladoras e órgãos de aplicação da lei. Ademais, a criação e implementação de *Compliance Officers* colaboram na investigação de potenciais criminosos dentro das empresas, facilitando e acelerando a responsabilização penal por fatos potencialmente criminosos (SAAVEDRA, 2016).

---

1 "[...] *el criminal compliance tiene un ámbito mucho más limitado, circunscrito a prevenir el riesgo de comisión de delitos, de tal forma que su implementación es más sencilla, dado que su eficacia en la prevención de riesgos queda limitada a este sector de la legalidad, cual es el Derecho Penal*".

2 *"[...] Criminal Compliance Strafbarkeit vermeiden soll, also im Hinblick auf zukünftiges Verhalten eine mögliche strafrechtliche Verantwortlichkeit antizipieren können muss".*

O PAPEL DAS EMPRESAS E ORGANIZAÇÕES

A implementação da política de criminal *compliance* em empresas é um processo complexo que requer comprometimento e envolvimento de todos os níveis organizacionais, iniciando pelo nível mais alto da gestão da empresa, devendo o líder "influenciar o comportamento dos empregados por meio do exemplo, mais do que palavras, ações concretas e efetivas [...] os líderes devem ser os primeiros a cumprir as regras e diretrizes estabelecidas em uma empresa" (CARVALHO, *et al*. 2021, p.87).

A criação de uma cultura de *compliance* é um dos passos mais importantes para essa implementação, haja vista que antes de iniciar qualquer programa, é preciso que a instituição crie entre os seus colaboradores, independente do nível hierárquico a que estejam alocados, uma consciência acerca da importância da política de *compliance* e de que maneira ela contribui para o próprio desenvolvimento da instituição como um todo (FRANCO, 2019, p. 3).

Nesse sentido é o ensinamento do professor e jurista alemão, Thomas Rotsch:

> Um conceito de criminal compliance que visa evitar de forma abrangente a responsabilidade penal deve, portanto, ter em conta toda a empresa e, consequentemente, todos os colaboradores dela, e não apenas a gestão do topo (2010, p. 615, tradução nossa)[3].

E também de Franco (2019, p. 4):

> [...] para engajar e comprometer a organização, nos parece que o melhor argumento é mostrar-lhes que Compliance não vem para burocratizar ou dificultar a realização de negócios, mas sim para criar oportunidades e garantir a sustentabilidade deles.

Para iniciar essa jornada, as empresas começam com uma avaliação abrangente de seu ambiente operacional, realizando a "identificação dos principais riscos relacionados aos negócios, às leis e regulamentações necessárias" (FRANCO, 2019, p.114), principalmente nos setores mais vulneráveis à ocorrência de condutas criminosas, como a área de contratação, finanças, aquisições, vendas, etc. Nas palavras de Ana María Neira (2016, p. 471, tradução nossa),

> [...] a adoção de um programa eficaz de prevenção de delitos requer, em primeiro lugar, que sejam identificadas as atividades nas quais os crimes a serem prevenidos poderiam ser cometidos [...] surge a necessidade de desenvolver um trabalho de análise e avaliação de riscos, através do qual se elabora um mapa de riscos delitivos, no qual se catalogam os crimes que poderão ser cometidos no desenvolvimento da atividade da empresa e a sua probabilidade de ocorrência nos diferentes subprocessos da entidade, bem como o impacto e as consequências que, eventualmente, tal infração penal venha a ser cometida[4].

---

3 *"Ein auf umfassende Vermeidung strafrechtlicher Haftung ausgerichtetes Compliance-Konzept muss daher das gesamte Unternehmen bzw. sämtliche Unternehmensmitarbeiter und nicht nur die Führungsspitze in den Blick nehmen".*

4 "*[...] la adopción de un programa de prevención de delitos eficaz, exige, en primer lugar, que se identifiquen las actividades en cuyo ámbito podrían cometerse los delitos a prevenir [...] se deriva la necesidad de desarrollar una labor de*

Para Espín, é nessa fase inicial que deve ocorrer a

> [...] definição dos riscos que devem ser controlados, ou seja, devem ser identificados todos os potenciais riscos a que a atividade da empresa está exposta. Uma vez identificados possíveis riscos, a empresa deve analisar cada área de atividade e distinguir seus trabalhadores. Em seguida, deve-se iniciar uma segunda fase de avaliação qualitativa e quantitativa dos riscos que consiste em definir a probabilidade de o risco ocorrer e o impacto que isso teria (2017, p. 76, tradução nossa)[5].

Uma vez identificados os riscos, as empresas desenvolvem e implementam políticas e procedimentos a fim de assegurar "a adequação, fortalecimento e o funcionamento do sistema de controles internos e externos, procurando mitigar os riscos de acordo com a complexidade de seus negócios" (MENDES e GUIMARÃES, 2023, p. 4). Ou seja, realizada a primeira fase de controle interno, consistente na avaliação de riscos, procede-se à segunda fase, definida por Espín como "mitigação de risco" (2017, p. 75), onde serão desenvolvidos mecanismos para reduzir e mitigar os potenciais riscos de ocorrência de condutas criminosas.

Dando sequência à primeira fase do programa, Neira aponta que

> Em segundo lugar, o modelo de prevenção de delitos estabelecerá protocolos de ação destinados a minimizar a probabilidade de materialização de riscos delitivos previamente identificados. Isto envolve formalizar os procedimentos da entidade para formar sua vontade, tomar decisões e executá-las, a fim de estabelecer controles, tanto preventivos quanto reativos, naqueles subprocessos identificados como arriscados em termos criminais, buscando uma forma de reduzir tais riscos (2016, p. 472, tradução nossa)[6].

Ainda, acerca da importância da avaliação e mitigação dos riscos, Espín acrescenta que

> [...] um programa de compliance que não esteja focado de maneira específica na gestão dos riscos potenciais mais frequentes e de maior magnitude vinculados aos perigos previamente identificados da sua atividade não poderia ser considerado eficaz. Também é importante destacar que é fundamental para a eficácia do programa que a avaliação de riscos esteja em contínua atualização (2017, p. 77, tradução nossa)[7].

---

análisis y evaluación de riesgos, a través de la cual se confeccione un mapa de riesgos delictivos, en el que se catalo-guen los delitos que podrían cometerse en el desarrollo de la actividad de la organización y se valore su probabilidad de comisión en los distintos subprocesos de la entidad, así como el impacto y las consecuencias de que, eventualmente, tal infracción penal llegue a cometerse".

5 *"[...] definición de los riesgos que deben ser controlados, es decir se deben identificar todos los potenciales riesgos a los que se expone la actividad de La empresa. Una vez identificados los posibles riesgos, La compañía debería analizar cada área de actividad e identificar a los trabajadores de las mismas. A continuación debe iniciarse una segunda fase de evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos que consiste en definir La probabilidad de que se presente El riesgo y El impacto que tendría".*

6 "*En segundo lugar, el modelo de prevención de delitos establecerá protocolos de actuación orientados a minimizar la probabilidad de que se materialicen los riesgos delictivos previamente identificados. Esto implica formalizar los pro-cedimientos de la entidad de formación de su voluntad, de toma de decisiones y de ejecución de las mismas, con el fin de establecer controles, tanto preventivos como reactivos, en aquellos subprocesos identificados como arriesgados en términos penales, buscando la manera de reducir tales riesgos*".

7 *"Por tanto, un programa de cumplimiento que no se centra de manera específica en gestionar los riesgos potenciales más frecuentes y de mayor magnitud vinculados a los peligros previamente identificados de su actividad, no podría*

Isso pode incluir a criação de códigos de ética internos, políticas anti-suborno e corrupção, procedimentos de *due diligence* para parceiros comerciais e fornecedores, programas de treinamento para conscientizar os funcionários sobre as leis e regulamentações aplicáveis, além da monitoração e revisão constantes de todos esses procedimentos (ROCHA, 2020).

Em relação à necessidade de informar à equipe sobre os procedimentos de *compliance*, ensina Neira (2016, p. 472, tradução nossa):

> [...] informar os colaboradores sobre os deveres e proibições que devem respeitar no desenvolvimento da sua atividade, bem como formá-los e treiná-los sobre o que significa e implica a política de compliance, em relação às suas funções específicas na empresa. Da mesma forma, exige a existência de um sistema de incentivos adequado que estimule os trabalhadores a agir de acordo com a lei.[8]

Além disso, as empresas devem criar equipes especializadas na área de *compliance*, responsáveis por supervisionar a implementação e aplicação das políticas de criminal *compliance*, possuidoras de autonomia e respeito dentro da organização, direcionadas exclusivamente aos programas de prevenção. São os chamados *Compliance Officers* (MENDES e GUIMARÃES, 2023).

Lobato e Martins (2016, p. 12-14 *apud* CARVALHO, *et al*. 2021, p. 590) destacam algumas das principais funções destinadas aos *Compliance Officers*:

> desenvolver e gerir o programa de integridade, criar regras e aprimorá-las permanentemente, apoiar a direção da empresa, inclusive, nos processos negociais, fornecer aconselhamento preventivo e treinamento aos integrantes da organização empresarial, introduzir e coordenar os meios de controle para manter o respeito às normas do programa, detectar antecipadamente os desvios, informar frequentemente aos conselhos de direção acerca da situação do programa, de novos riscos identificados e das medidas preventivas, além de executar e/ou coordenar investigações internas e tomar, junto com os diretores, medidas disciplinares punitivas e as destinadas a eliminar os âmbitos de vulnerabilidade da empresa.

Portanto, o *Compliance Officer* é uma peça fundamental em qualquer empresa que busque reduzir e prevenir condutas criminosas internas, haja vista ser o responsável por executar o programa de *compliance*, criar as políticas de prevenção e informar aos colaboradores acerca da importância de manter viva a cultura corporativa (FRANCO, 2019).

Outro aspecto importante da implementação do programa de criminal *compliance* é a criação de "canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé" (ROCHA, 2020, p. 183).

---

considerarse efectivo. Es importante también destacar que es fundamental para la efectividad del programa que la evaluación de riesgos esté en continua actualización".

8 "*[...] exige informar al personal sobre los deberes y prohibiciones que han de respetar en el desarrollo de su actividad, así como formarlo y capacitarlo en lo que significa e implica, en relación con sus concretas funciones en la empresa, la política de cumplimiento de la legalidad. Así mismo, precisa de la existencia de un sistema de incentivos adecuado que estimule a los trabajadores a actuar en conformidad con la ley*".

Esses canais são essenciais não apenas na prevenção de infrações, mas também para detectar e investigar rapidamente possíveis violações, permitindo que a empresa responda de maneira apropriada e promova sanções, se necessário (ROCHA, 2020).

Por fim, as empresas realizam o monitoramento do programa de *compliance* através de auditorias internas para avaliar a eficácia de suas políticas e procedimentos internos, a fim de identificar e corrigir a existência de deficiências e inadequações, buscando sempre manter o programa atualizado (CARVALHO, *et al*. 2021). Para Espín (2017, p. 83, tradução nossa), "a prática de auditoria interna deve se concentrar na detecção e prevenção de potenciais riscos identificados como os mais típicos do setor onde a empresa opera".[9]

O USO DA TECNOLOGIA NO CRIMINAL *COMPLIANCE*: DA DETECÇÃO À PREVENÇÃO DE ATIVIDADES CRIMINOSAS

O uso da tecnologia na detecção e prevenção de atividades criminosas deixou de ser atividade exclusiva dos agentes estatais, se tornado cada vez mais essencial na atualidade, onde a complexidade dos crimes está em constante evolução (JANUÁRIO, 2023). As empresas e organizações têm buscado incorporar soluções tecnológicas avançadas em seus programas de criminal *compliance* para identificar os riscos de potenciais atos ilícitos e para criar estratégias de prevenção e controle interno (ESPÍN, 2017).

Sobre a implementação da tecnologia nos setores de criminal *compliance* das empresas, Januário elucida que

> As razões para esta opção residem precisamente na pretensão de maior eficácia e eficiência do programa de compliance e, consequentemente, maior segurança para a empresa, uma vez que sistemas informáticos mais avançados são capazes de prever com elevada precisão as ações e processos produtivos, bem como prevenir e detectar situações que possam ser prejudiciais à corporação (2023, p. 732, tradução nossa)[10].

Uma das principais formas pelas quais a tecnologia tem sido empregada é por meio de sistemas de monitoramento e análise de dados. Por intermédio desses sistemas "é possível monitorar e identificar padrões de comportamento que estejam fora dos estabelecidos nos códigos de ética e conduta e monitorar os elementos de dados críticos para os fatores de risco, seja de colaboradores ou de terceiros" (FRANCO, 2019, p. 317).

Sobre o assunto, Januário destaca que:

9 *"[...] la práctica de la auditoría interna debe centrarse en la detección y prevención de los potenciales riesgos identificados como los más típicos dentro del sector donde opera la compañía [...]".*

10 *"The reasons for this option lie precisely in the pretension of greater effectiveness and efficiency of the compliance program and, consequently, greater security for the company, since more advanced computer systems are able to predict with high accuracy the actions and productive processes, as well as to prevent and detect situations that may be harmful to the corporation".*

> [...] por serem muito eficientes na coleta, processamento e armazenamento de dados, bem como em previsões e tomadas de decisões, abrem portas para que a empresa obtenha uma infinidade de dados e informações de seus colaboradores, além de, em casos com mais sistemas avançados, realizando monitoramento em tempo real e possibilitando a tomada automática de decisões (2023, p. 30, tradução nossa)[11].

Além disso, a tecnologia tem desempenhado um papel fundamental na automação de processos de *compliance*. Essa automação e o "uso de tecnologias com inteligência artificial nos processos hoje existentes se apresentam como solução possível para obter maior eficiência, maior precisão e em tempo reduzido" (FRANCO, 2019, p. 328), além de reduzir o risco de falhas humanas e garantir a conformidade com as regulamentações aplicáveis.

Nesse sentido, é o ensinamento de Januário:

> Dependendo da complexidade do caso e das empresas envolvidas e dos respectivos âmbitos de atuação, as IIC (Investigações Internas Corporativas) tendem a ser proporcionalmente complexas, com elevado dispêndio de tempo e recursos humanos e financeiros da sociedade, para efeitos de apuramento adequado dos factos em causa. Por isso, instrumentos tecnológicos capazes de auxiliar em determinadas tarefas que exigem o processamento de uma imensa quantidade de dados em curto espaço de tempo, principalmente com precisão superior à dos humanos, têm sido cada vez mais procurados (2023, p. 9, tradução nossa)".[12]

Outra aplicação importante da tecnologia na detecção e prevenção de atividades criminosas é a utilização de ferramentas de análise de dados em tempo real. Essas ferramentas permitem às empresas monitorar continuamente suas operações e identificar rapidamente quaisquer desvios ou comportamentos suspeitos (JANUÁRIO, 2023). Por exemplo, sistemas de detecção de intrusos podem alertar a equipe de segurança sobre tentativas de acesso não autorizado aos sistemas da empresa, enquanto softwares de reconhecimento facial podem ajudar na identificação de indivíduos suspeitos em locais físicos.

---

11 "*Since they are very efficient in collecting, processing and storing data, as well as in predictions and decision making, they open the door for the company to obtain a multitude of data and information from its employees, in addition to, in cases with more advanced systems, performing real-time monitoring and enabling automatic decision-making".*

12 "*Depending on the complexity of the case and the companies involved and their respective scopes of activity, CII tends to be proportionally complex, with a high expenditure of time and human and financial resources of the corporation, for the purpose of properly ascertaining the facts in question. For this reason, technological instruments capable of assisting in certain tasks that demand the processing of an immense amount of data in a short time, especially with accuracy superior to that of humans, have been increasingly sought after*".

A EFICÁCIA DAS POLÍTICAS DE *COMPLIANCE* E SEU IMPACTO NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

A política de *compliance* tem se mostrado uma ferramenta eficaz na redução da criminalidade dentro das empresas e organizações, principalmente devido ao seu caráter preventivo (FERREIRA, QUEIROZ e GONÇALVES, 2018). Ao estabelecer um conjunto de normas e procedimentos internos voltados para a conformidade legal e ética, essas políticas objetivam "prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos" (BRASIL, 2022) praticados pelas empresas.

Através de mecanismos, processos e normas, as políticas de *compliance* tendem a "reduzir, pela prevenção, o risco da atividade delitiva (crimes)" (WALKER JR, 2020, p. 43 *apud* MENDES e GUIMARÃES, 2023, p. 5). Programas de *compliance* bem estruturados são responsáveis por "promover a educação e o treinamento constante dos empregados quanto às diretrizes de comportamento adequado" (ROCHA, 2020, p.115).

Rocha disserta acerca da importância da existência de uma equipe treinada e ciente da referida política:

> deverá ser realizado o treinamento, comunicação e aferição das regras de compliance, isto porque é necessário que todos tenham conhecimento e estejam cientes das normas, bem como seja replicado, executado, efetuado o reforço contínuo, e educação continuada, seja para colaboradores internos ou externo, para terceiros, fornecedores e prestadores de serviços (2020, p. 172).

Ao aumentar a conscientização e o conhecimento dos funcionários, as políticas de *compliance* ajudam a prevenir ações ilegais e antiéticas através do estabelecimento de "valores éticos da empresa e a promoção desta cultura ética entre os colaboradores" (ESPÍN, 2017, p. 74, tradução nossa).[13]

Além da prevenção, as políticas de *compliance* detectam "oportunamente comportamentos que naquele momento são irrelevantes, mas que podem desencadear um delito" (ESPÍN, 2017, p. 67).[14] Ademais, ferramentas de monitoramento contínuo e auditorias regulares são implementadas para identificar comportamentos suspeitos ou irregulares, além de "empregar sistemas digitais para prevenção em tempo real de violações de *compliance*" (JANUÁRIO, 2023, p. 731, tradução nossa).[15]

Ana María Neira comenta sobre a importância de não levar ao extremo a ideia de redução dos delitos internos:

13 "*[...] valores éticos de la compañía y el fomento de esta cultura ética entre los trabajadores*".
14 *"[...] oportunamente conductas que en ese momento resulten irrelevantes pero que puedan llegan a desencadenar en un delito".*
15 "*[...] employing digital systems for real-time prevention of compliance violations*".

> [...] os programas de compliance não podem e não pretendem neutralizar absolutamente o risco de prática de delitos, exigindo apenas que sirvam para gerir os riscos de prática de infrações, de modo que estas sejam mantidas em níveis jurídico penalmente aceitáveis. Em última análise, a organização é obrigada a estabelecer e operar de tal forma que os riscos criminais associados à sua atividade sejam adequadamente controlados, empregando a devida diligência para minimizar o risco de cometer delitos (2016, p. 478/479, tradução nossa).[16]

A resposta eficiente a atividades criminosas detectadas é outro aspecto resultante do correto funcionamento das políticas de *compliance*, haja vista que, ao estabelecer procedimentos claros para a investigação e "para corrigir os problemas encontrados e comunicar às autoridades competentes a notícia da ocorrência de eventuais crimes" (FRANCO, 2019, p. 9), as empresas podem lidar com incidentes de maneira ágil e eficaz.

A respeito da realização de investigações internas detalhadas, Januário ensina que:

> Via de regra, a empresa toma conhecimento de fatos potencialmente ilegais, ou contrários às suas normas internas, a partir de denúncias por meio de canais de comunicação, de suas atividades diárias de fiscalização ou mesmo externamente, por meio da promoção atual ou iminente de investigação estatal ou processo criminal comunicado diretamente à empresa ou divulgado na mídia (2023, p. 737/738, tradução nossa).[17]

Sobre os possíveis impactos processuais decorrentes da implementação de programas de *compliance*, Neira destaca:

> Se uma pessoa jurídica tiver um programa eficaz de prevenção de delitos, pode evitar ser acusada e julgada, pode ser isenta de responsabilidade após o julgamento criminal correspondente ou, no pior cenário para a entidade, pode ser condenada, embora com uma substancial redução de sua pena. Neste contexto, o que se entende por um programa de compliance penal eficaz e como essa eficácia pode ser testada em tribunal são questões de importância transcendental (2016, p. 468, tradução nossa).[18]

Ainda, sobre as consequências positivas da referida política na esfera criminal, Espín destaca que

> [...] a adoção e aplicação efetiva de um programa de conformidade regulatória pode atuar e servir como fator exonerante ou atenuante quando uma empresa está sujeita à responsabilidade criminal por crimes cometidos por seus diretores, administradores ou funcionários (2017, p. 63/64, tradução nossa).[19]

16 "*[...] los programas de cumplimiento no pueden ni pretenden neutralizar absolutamente el riesgo de comisión de delitos siendo exigible, únicamente, que sirvan para gestionar los riesgos de comisión de infracciones, de tal forma que estos se mantengan en niveles jurídico-penalmente aceptables. A la organización se le exige, en definitiva, que se establezca y opere de tal forma que los riesgos penales asociados a su actividad estén adecuadamente controlados, desplegándose la diligencia debida para minimizar el riesgo de comisión de ilícitos penales*".

17 "*As a rule, the company becomes aware of facts that are potentially illegal, or contrary to its internal rules, from denouncements through communication channels, its daily supervisory activities or even externally, through the current or imminent promotion of a state investigation or criminal proceeding communicated directly to the company or reported in the media*".

18 "*Si una persona jurídica cuenta con un programa de prevención de delitos eficaz puede evitar ser acusada y juzgada, puede quedar exenta de responsabilidad tras el correspondiente juicio penal o, en el peor de los escenarios para la entidad, puede resultar condenada, si bien con una sustancial rebaja de su pena. En este contexto, lo que se entiende por un programa de cumplimiento penal eficaz y el modo en que tal eficacia puede ser probada en juicio son cuestiones de trascendental importancia*".

19 "*[...] la adopción y la aplicación efectiva de un programa de cumplimiento normativo puede actuar y servir como un*

Além dos benefícios internos, a eficácia das políticas de *compliance* também se reflete na reputação externa da empresa, dando especial enfoque para as "questões institucionais, de governança corporativa, que agem como uma forma de reforçar a imagem da empresa no mercado" (VERÍSSIMO, 2017, p. 271).

Nesse sentido:

> a implantação de sistema anticorrupção ganha viés essencial, pois programas de compliance anticorrupção e antissuborno permitem às organizações evitar ou mitigar os riscos do envolvimento nessas práticas nocivas, promover a confiança nos negócios e melhorar sua reputação no mercado, atraindo investimento e fidelizando suas relações (CARVALHO; BERTOCCELLI; ALVIM, *et al*, 2021, p. 386).

É possível verificar, portanto, que o caráter preventivo dos programas de *compliance* é o principal instrumento redutor das estatísticas criminais no interior das empresas, haja vista que, sendo decorrente de todo o processo investigativo e analitico da referida política, a prevenção é construída através de casos delitivos já previamente ocorridos no âmbito empresarial, servindo como verdadeiros exemplos do que "não fazer" e onde o programa de *compliance* criminal deve, especificamente, concentrar seus esforços.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação de políticas de criminal compliance tem se mostrado uma ferramenta essencial para a mitigação de práticas criminosas dentro das empresas. Este estudo evidenciou que a adoção de programas de *compliance*, além de promover uma cultura organizacional ética, contribui significativamente para a prevenção de delitos e para a manutenção da integridade empresarial. As empresas que investem em compliance demonstram um compromisso não apenas com as normas legais, mas também com valores éticos, o que fortalece a confiança de investidores, clientes e parceiros comerciais.

A implementação da tecnologia nos programas de *compliance* amplia ainda mais sua eficácia. Ferramentas tecnológicas permitem a automação de processos de monitoramento, a análise de grandes volumes de dados para a detecção de padrões suspeitos e a rápida resposta a possíveis infrações. A tecnologia, portanto, não apenas facilita a implementação das políticas de compliance, mas também garante um acompanhamento contínuo e preciso, reduzindo a probabilidade de ocorrência de crimes.

Verifica-se que as empresas que implementaram políticas robustas de *compliance* identificam uma redução significativa em eventos de corrupção, fraudes e outras práticas ilícitas. Estas empresas não só evitam penalidades legais e financeiras, como também fortalecem sua reputação no mercado externo.

factor eximente o atenuante cuando una empresa esté sujeta a la responsabilidad penal por los delitos cometidos por sus directivos , administradores o empleados".

O impacto positivo na cultura corporativa é outro aspecto relevante, onde se observa um ambiente de trabalho mais transparente, com funcionários mais conscientes e engajados em práticas éticas e, principalmente, colaborando ativamente na redução da criminalidade no interior da empresa. Ademais, verificou-se que o engajamento da "chefia", liderança ou "alta gestão" da empresa é fundamental para se alcançar com sucesso os objetivos das políticas de criminal *compliance*.

Portanto, conclui-se que a política de criminal *compliance*, aliada ao uso estratégico da tecnologia, é um caminho eficaz para a redução da criminalidade nas empresas. Ademais, para maximizar os benefícios, é crucial que estas políticas sejam continuamente atualizadas e adaptadas às novas ameaças e regulamentos. A educação e treinamento contínuos dos funcionários sobre as práticas de *compliance* são igualmente importantes para assegurar que todos estejam alinhados com os objetivos éticos da organização.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto-Lei nº 11.129, de 11 de julho de 2022. **Responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira**.

CARVALHO, André C.; BERTOCCELLI, Rodrigo de P.; ALVIM, Tiago C. *et al*. **Manual de Compliance**: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640898. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640898/. Acesso em: 04 nov. 2023.

ESPÍN, Rosa. **El Canal de Denuncias Internas em La Actividad Empresarial como Instrumento Del *Compliance***. 2017. Tese (Doctorado em Derecho Público Global). Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2017.

FERREIRA, Bráulio Cavalcanti; QUEIROZ, Bruna Pamplona de; GONÇALVES, Everton das Neves. **Análise Econômica do Direito e o Compliance Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de prevenção**. Economic Analysis of Law Review, v. 9, nº 1, p. 259-276, Jan-Abr, 2018.

FRANCO, Isabel. **Guia Prático de Compliance**: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988692. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988692/. Acesso em: 04 nov. 2023.

JANUÁRIO, Túlio Felippe X. **Corporate Internal Investigations 4.0: on the criminal procedural aspects of applying artificial intelligence in the reactive corporate compliance**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 9, n. 2, p. 723-785, mai./ago. 2023.

MENDES, Alana Guimarães; GUIMARÃES, Paulo Marajá Mares. **A importância da estruturação dos programas de compliance e a prevenção da lavagem de dinheiro nas instituições financeiras**. Revista Direito em Debate – Revista do Curso de Graduação em Direito da Unijuí, n. 59, p. 1-14, jan./jun. 2023.

NEIRA, Ana María. "**La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal**". Polít. crim. Vol. 11, Nº 22. Dez. 2016, Art. 5, p. 467-520 [http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf].

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estudos de Compliance Criminal**: Editora Fi, 2020. Porto Alegre/RS.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. **Zeitschrift für Internationale Strafrechts** -Dogmatik, Gießen, Alemanha, ed. 10/2010, p. 614 a 617. Disponível em: www.zis-online.com.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual**. Duc In Altum - Cadernos de Direito, v. 8, n. 15, 2016. DOI: 10.22293/2179-507x.v8i15.375. Disponível em: https://www.revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/375. Acesso em: 27 fev. 2024.

SILVEIRA, Renato de Mello J. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**, 1ª edição: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502622098. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622098/. Acesso em: 04 nov. 2023.

SOBRINHO, Fernando Martins Maria. (Org.). **Direito Penal Econômico. Administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**. 1. ed. Londrina, PR: Thoth, 2017.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2017. E-book. Acesso em: 24.05. 2024.

O ASSÉDIO NA POLICIA MILITAR DO PARANÁ

Data de aceite: 03/09/2024

Adriano Aparecido Beu

RESUMO: O presente artigo abordou o viés relacionado ao assédio na policia militar do paraná, atrelado ao público feminino. O objetivo foi apontar o que representa o termo assédio e como o mesmo representa um grave problema a ser superado pelos profissionais que atuam na segurança pública. A metodologia adotada foi a pesquisa de cunho bibliográfica. A fundamentação apontou fatores como o assédio moral, como sendo uma barreira, a fim de que as policiais militares possam realizar um trabalho de qualidade e principalmente, desfrutarem do respeito que merecem. O artigo visa promover uma reflexão quanto as dificuldades que as policiais militares enfrentam em seu dia a dia de atuações com relação aos demais profissionais que se encontram atuando no mesmo ambiente. Nas considerações finais, os leitores podem visualizar como se trata de uma necessidade, promover-se uma reflexão quanto as necessidades que as policiais militares apresentam com relação as formas de tratamento e como são vistas por todos.

PALAVRAS-CHAVE: Polícia. Assédio. Mulheres. Barreiras.

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordou o viés relacionado ao assédio na policia militar do paraná, atrelado ao público feminino, a maneira como esse problema vem ganhando uma projeção maior, conforme as mulheres ganham um espaço maior nesse ambiente profissional.

O objetivo precípuo para a escolha do determinado tema, foi a necessidade de apontar o que representa o termo assédio e como o mesmo representa um grave problema a ser superado pelos profissionais que atuam na segurança pública.

A metodologia adotada foi a pesquisa de cunho bibliográfica, tendo sido realizadas diversas consultas em publicações e obras de autores renomados e que muito contribuíram com o desenvolvimento do presente tema especificado aqui.

A pesquisa se justifica pela necessidade de compreender de uma maneira absolutamente clara, como se trata de um problema social extremamente grave, o que as mulheres sofrem em todas as profissões e infelizmente, não tem sido diferente na polícia militar paranaense.

A fundamentação apontou fatores que vem prejudicando amplamente a atuação do gênero feminino, por exemplo, como o assédio moral, como sendo uma barreira, a fim de que as policiais militares possam realizar um trabalho de qualidade e principalmente, desfrutarem do respeito que merecem e que nem sempre é obtido.

O artigo visa promover uma reflexão quanto as dificuldades sociais que as mulheres de uma maneira geral vem enfrentando e que as policiais militares enfrentam em seu dia a dia de atuações com relação aos demais profissionais que se encontram atuando no mesmo ambiente, convivendo em um ambiente que até há pouco tempo era totalmente masculino.

Nas considerações finais, os leitores podem visualizar de uma maneira muito clara, como se trata de uma necessidade latente na sociedade atual, promover-se uma reflexão quanto as necessidades que as policiais militares apresentam em seu dia a dia, com relação as formas de tratamento e como são vistas por todos.

DESENVOLVIMENTO

A abertura de espaço da policia militar paranaense para as policiais

O trabalho que é desenvolvido pela policia militar, apresenta um papel basilar na construção e manutenção de um modo de vida social harmonioso para todos, e por essa razão, trata-se de uma questão sumária, compreender as habilidades e a desenvoltura que esse tipo de trabalho adota no dia a dia (SILVA, 2018).

Contudo, até alguns anos atrás, tratava-se de uma profissão considerada como exclusivamente masculina, pelo menos quando se subentende que se trata de um componente observado pela necessidade de empregar força e sagacidade ao mesmo tempo.

Isso sem falar dos enormes riscos que essa profissão apresenta, uma vez que, a segurança pública representa um dos principais pilares sociais, e como se isso não bastasse, o aumento nos índices de criminalidade, há muito tempo vem colocando a prova a capacidade que a sociedade possui de manter a sua estabilidade.

No entanto, com o feminismo ganhando uma projeção cada vez maior na sociedade atualmente, a chegada das mulheres com relação a cargos e empregos que no passado eram vistas como masculinas, foi considerado como algo natural (SILVA, 2018).

Claro que esse sucesso que as mulheres conseguiram veio através de uma luta árdua, uma vez que, se trata de um público que ainda sofre e muito com o forte preconceito, ainda existe muito machismo nos mais elevados níveis profissionais.

As mulheres necessitam provar a todo o momento, que verdadeiramente são capazes de estarem envolvidas com algumas profissões, e essa é uma questão de extrema importância e que deve ser citada de uma maneira pormenorizada.

Usando uma linguagem que pode ser interpretada como mais coloquial, algumas profissões simplesmente não sabem ofertar como deveriam, o respeito e a dignidade que o público feminino merece, e nesse sentido, se destaca a polícia paranaense (SOBOLL, 2008).

O número de mulheres que vem atuando na segurança pública do estado do Paraná, vem ganhando uma projeção cada vez mais intensa, e que se alinhe as necessidades de democratização de todas as classes profissionais, o que pode ser considerado como uma característica positiva por parte dessa classe profissional.

É mais do que válido, citar o fato de que, as mulheres verdadeiramente conseguem realizar um trabalho de qualidade na polícia paranaense, principalmente pelo fato de que também existem muitas criminosas, ou seja, mulheres que se encontram inseridas no mundo do crime (ALVES; FRANÇA, 2018).

Principalmente aquelas que se encontram inseridas em algum tipo de vício, como é o caso dos entorpecentes, e esse verdadeiramente apresenta-se como um fator motivacional a esse público alvo, a fim de cometerem os mais diversos tipos de atos indeléveis.

Assim, a conduta tomada pelo assediador causa na vítima distúrbio em seu íntimo, ferindo sua dignidade, sua autoestima, fazendo-o sentir-se rebaixado perante os demais. Vê-se, portanto, que qualquer atitude tomada por um indivíduo pode ofender o direito à personalidade e à dignidade da pessoa humana (MARTINS, 2006).

Para o policial militar masculino, trata-se de um grande desafio o simples fato de abordar uma mulher, uma vez que, a mesma pode acusar o profissional das mais diversas formas, ainda que nem sempre a mesma se encontre com a razão.

É possível compreender o ingresso das mulheres na policia militar paranaense, como uma maneira de proteger os homens das mais diversas acusações que são realizadas e principalmente, para que procedimentos como as revistas, por exemplo, possam ser desenvolvidas de uma maneira mais qualificada (SOBOLL, 2008).

Não se pode deixar de realizar o trabalho que deve ser feito com as mulheres que apresentam algum tipo de suspeita, apenas pelo fato de haver homens somente na corporação, esse seria mais um meio que os criminosos utilizam para desenvolverem suas atividades ardis.

Por mais que o trabalho das policiais militares femininas sejam desafiadores em todos os sentidos, o mesmo pode passar a ser um pouco menos complexo, a partir do momento em que as mesmas contem com profissionais a sua volta que entendem as suas vulnerabilidades e ofertem o apoio que se faça necessário.

Não que essa seja uma missão simples, e mesmo que as mulheres tenham que comprovar que se encontram aptas a realização desse tipo de atividade, por meio de concursos públicos absolutamente complexos e concorridos.

O grande problema aparece na prática, na maneira como uma mulher em operação deve apresentar os mesmos índices de proficiência que os homens, o que em alguns momentos as mesmas não conseguem empregar com maestria, apesar de o gênero feminino reunir todas as condições de realizarem um trabalho qualificado nesse sentido (ABREU, 2011).

Espera-se do publico feminino, ou melhor, quando as mulheres ingressassem na policia militar paranaense, um atendimento humanizado, o que é motivo de queixa por parte da população, que reclama e muito da maneira como são tratadas pelos profissionais da segurança pública, principalmente pela falta de cordialidade.

As mulheres por sua vez, são caracterizadas na sociedade como seres mais harmoniosos, afáveis e amorosos, por esse motivo, seu respectivo ingresso na policia militar, foi muito comemorado por grande parte da população, muito embora, houvesse algumas dúvidas com relação a produtividade das mesmas, se esse público verdadeiramente poderia agregar os valores que eram considerados como necessários (ALVES; FRANÇA, 2018).

Haja vista que, apenas quando os homens atuavam na policia militar paranaense, os mesmos já se encontravam inseridos em um elevado nível de dificuldades, e com o ingresso do público feminino, os criminosos poderiam se beneficiar de alguma forma de uma possível fragilidade das membras dessa classe.

Algo que felizmente, acabou não se concretizando, e isso ocorre por algumas razões específicas, no entanto, merece verdadeiro destaque para a capacidade de organização e de treinamento bem desenvolvidos, que as mulheres passam para que sejam capazes de atuar em alto nível (ABREU, 2011).

Até porque, as mesmas devem estar muito bem preparadas para encarar da melhor maneira possível, os inúmeros desafios que enfrentaram em terem que se articular com a sociedade e seus problemas mais contundentes, como é a segurança.

É muito compreensível reconhecer as dificuldades que o público feminino apresentou no inicio das suas atividades como policiais militares, contudo, é de extrema importância compreender que se trata de uma necessidade haver um tempo de adaptação para essas profissionais (COUTO, 2019).

Reconhecidamente, o trabalho que é desempenhado pela policia militar, é um dos mais desafiadores que existem na sociedade, e justamente por essa razão, é uma classe que necessita estar periodicamente passando por treinamentos, a fim de que, consigam se adaptar com um pouco mais de facilidade com os mais diversos tipos de realidades encontradas em seus momentos de atuação.

Um dos principais cuidados que a policia militar do estado do Paraná vem idealizando, é a colocação de uma policial atuando em conjunto com profissionais que sejam reconhecidos pelo seu nível de experiencia, ou seja, que podem agregar um pouco mais de valor no auxilio as mulheres no desempenho de suas atribuições.

Até porque, os criminosos não receiam saber se serão desafiados e combatidos por uma mulher ou algum homem, suas respectivas preocupações é com a destruição de seus comércios ilícitos, ou mesmo, de sua permanência em uma unidade prisional (LEITE, 2006).

Por essa razão, esses meliantes miram exatamente a farda em si, ou seja, não apresentam um mínimo de pudor em atingir uma policial militar, desde que consigam escapar de uma situação de extrema dificuldade, isto é, não existe nenhum tipo de machismo ou mesmo de sexismo nesses momentos, e essa é a mentalidade que as policiais militares do estado do Paraná, vem desenvolvendo no exercício de suas atribuições (COLODETTI, 2021).

A mescla entre os profissionais do gênero masculino e feminino, pode ser considerado como um dos elementos precípuos, em prol do sucesso nas operações e no combate aos diversos tipos de crimes existentes, inclusive, o organizado.

O assédio moral enfrentado pelas policiais militares paranaenses

Com relação as adversidades que as policiais militares enfrentam no dia a dia, atuando em solo paranaense, não há como deixar de mencionar o assédio, principalmente o moral que ocorre na grande maioria das vezes de uma maneira desmedida.

Assim como o machismo existe em todos os ambientes sociais, o mesmo também se encontra devidamente inserido nos meandros da polícia militar paranaense, o que representa uma questão extremamente grave, e que deve ser combatida com uma maior veemência.

A forma como existe uma hierarquia dentro da policia militar, é algo que necessita ser mais do que compreendido, respeitado por todos e todas que se encontram devidamente inseridos nesse ambiente, ou seja, não deve haver nenhum tipo de distinção do tratamento ofertado pelos superiores (CARPELLE, 2010).

No entanto, como se trata de uma profissão extremamente estressante e que necessita a todo o momento estar apresentando resultados para a população, que cobra e muito dos policiais paranaenses, é muito comum que a qualidade da comunicação entre esses membros não seja das melhores, inclusive, em alguns momentos sendo extremamente acalorada (CARPELLE, 2010).

Algo que já pode ser considerado como algo desrespeitoso e vil para os homens, mas, que se transforma em algo constrangedor para as mulheres, e que não poderia ser cometido em hipótese alguma, por mais que o dia a dia seja de puro nervosismo e estresse para os policiais militares.

As mulheres que atuam na policia militar paranaense, em muitos casos sofrem com o desrespeito, com gritos e insultos dos mais diversos, principalmente que não deveriam estar inseridas nesse ambiente profissional (RIBEIRO, 2018).

Não são poucos os casos de policiais militares do gênero feminino, que necessitam se afastar de suas atividades, eis uma questão extremamente complexa e que denota a necessidade de haver uma reflexão com relação ao profissionalismo que os policiais militares deveriam desenvolver.

> O assédio moral é uma prática recorrente nas relações de trabalho. É definido como "qualquer conduta abusiva que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando o emprego ou degradando o clima de trabalho (RIBEIRO, 2018, p. 55).

As relações devem ser respeitosas e profissionais, essa é uma questão de extrema importância, no entanto, não se trata de algo que irá ocorrer em um curto espaço de tempo, e quem mais sofre com isso são as pioneiras, ou seja, as policiais militares que iniciaram esse trabalho.

Diante de todo exposto, demonstrou-se a facilidade e grande quantidade de condutas abusivas, principalmente no âmbito militar, onde há inúmeras destas condutas travestidas de ordens manifestamente legais, com base na hierarquia e disciplina, trazendo assim danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física e psíquica, pondo em perigo, inclusive, o serviço público e/ou prejudicando o ambiente de trabalho.

Como se não bastasse, buscou-se demonstrar que as condutas abusivas advindas do assédio moral, podem configurar diversas responsabilidades por porte do agressor, tais como civil, administrativa e penal, sendo que até o presente momento não há tipificação na legislação penal do crime de assédio moral (BOURDIEU, 2002).

Outro problema que afeta o desempenho das policiais militares em solo paranaense é o abuso de poder, quando policiais masculinos, acreditam que tem o direito de coagir as mulheres em detrimento a seus colegas mais próximos.

Algo que representa acima de tudo de uma realidade repetida em diversos momentos, e o principal agravante, é que nem sempre as mulheres que trabalham adiante desse processo, reúnem condições de denunciar, ou mesmo de reclamarem de tal tratamento.

O abuso de poder é praticado por aqueles que verdadeiramente não são profissionais, ou melhor, que não apresentam a menor condição de estarem ocupando o cargo em que se encontram inseridos, é preciso analisar a conduta desses profissionais, e se for o caso, de afastar os mesmos, sem que haja a oportunidade de denegrir a imagem da classe, que já se encontra extremamente arranhada na comunidade em geral (BOURDIEU, 2002).

> Múltiplos fatores e barreiras podem impedir que as pessoas divulguem incidentes de violência e assédio no trabalho, dentre os quais destacaram: perda de tempo e medo por sua reputação foram as barreiras mais comuns que desencorajam as pessoas de falar sobre suas próprias experiências de violência e assédio no trabalho.

No caso das policiais militares, um dos principais fatores que contribuem, para que as mesmas continuem sendo assediadas no trabalho é a falta de punição para os que cometem esse tipo de crime, principalmente os profissionais do gênero masculino.

Em outras palavras, é essa impunidade que motiva o assédio cada vez maior contra as policiais militares do estado do Paraná, e nesse sentido, trata-se de uma questão basilar, que haja uma reflexão nesse sentido, uma vez que, o exemplo e a cordialidade se mostram como fatores fundamentais para que o trabalho possa ser desenvolvido da melhor maneira possível (HIRIGOYEN, 2002).

Outra questão de extrema importância que necessita ser debatida de uma maneira mais intensa, se encontra no fato de haver uma diferença brutal no número de mulheres atuando na policia militar paranaense, se comparado ao gênero masculino, com efeito, são raros os ambientes que contam com mais de uma profissional no mesmo espaço.

Algo que acaba acentuando uma situação de vulnerabilidade para essas mulheres, uma vez que, acabam não tendo como expor o problema que podem estar enfrentando, e como se isso não bastasse, também existe a questão das ameaças que ocorrem contra as policiais militares que são assediadas, e que tem o desejo de denunciar esse tipo de ato indelével em seu meio profissional (SANTOS, 1997).

Geralmente o assédio acaba partindo dos profissionais que se encontram acima dessas policiais militares femininas, muitas vezes em troca de algum tipo de vantagem para as mesmas, ou seja, uma condição extremamente danosa, mas, que ainda continua sendo cometida nas academias policiais paranaenses.

Certo é que a policia militar representa um vínculo profissional extremamente fechado, e ao mesmo tempo, é observada de maneira muito minuciosa pela população, e justamente por essa razão, qualquer tipo de ato considerado como impróprio, que fere os princípios da ética e da moral, que são características de extrema importância a todos na sociedade, mas, acima de tudo a aqueles que se encontram inseridas na segurança pública, acaba tendo uma proporção muito maior.

Eis um comportamento que deve ser considerado como aceitável, ou seja, a de um modelo profissional comprometido com a manutenção e o desenvolvimento de um sistema social, que levou décadas para ser desenvolvido e que por essa razão, depende dos esforços de todos, para que possa manter a sua projeção, bem como as propostas de pleno desenvolvimento (SANTOS, 1997).

O respeito representa o direito fundamental que todos na sociedade devem possuir, e o mesmo deve vir principalmente das classes que se encontram a frente do processo de desenvolvimento e manutenção do sistema social.

O meio militar por si só carrega em seu arcabouço de normas internas e externas a serem rigorosamente seguidas, várias atitudes que menosprezam o subordinado, colocando-o em situação de inferiorizada, sempre para enaltecer a figura do superior hierárquico.

Por mais que a policia militar paranaense seja uma instituição que apresente uma hierarquia que mereça ser respeitada, isso não quer dizer de maneira alguma que possa ser adotado qualquer tipo de postura agressiva e rudimentar no trato com as policiais que

atuam nesse sistema, uma vez que, se trata acima de tudo, de uma postura indelével e que merece ser combatida com maior veemência (MOREIRA, 2011).

A legislação militar de uma maneira geral é muito pobre com relação ao assédio moral, não dando a devida importância ao problema, tratando-o apenas como transgressão disciplinar, que nem sempre é transparente de que a transgressão é um assédio moral, pois entre os próprios oficiais que são encarregados dos Processos Administrativos Disciplinar, há o desconhecimento e de tal instituto.

Os subordinados vítimas de assédio moral nas instituições policiais militares, a maioria das vezes sofrem calados, com medo de represálias, transformando seu sofrimento em doenças, internalizando esse assédio ou levando para dentro de suas casas ou da sociedade esses problemas, ocasionando sérias dificuldades de manter um bom relacionamento familiar e social (MARTINS, 2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ficou extremamente claro, como o problema de assédio contra as mulheres representa um problema social extremamente grave e que depende de uma profunda reflexão moral, para que o mesmo seja minimizado e combatido de uma maneira que possa ser considerado como mais proficiente.

Algo que também se encontra profundamente inserido na policia militar paranaense, com o advento e o fortalecimento da presença do gênero feminino em seus quadros, e que deve ser considerado como um fator extremamente positivo, afinal de contas, a democratização apresenta-se como uma fator fundamental para demonstrar como as mulheres verdadeiramente merecem estar inseridas em todos os ambientes que desejarem.

A respeito do assédio que as policiais militares paranaenses enfrentam no dia a dia de suas atribuições, é extremamente claro como o machismo ainda continua imperando nessa classe profissional, mesmo com essas profissionais apresentando resultados que possam ser considerados como extremamente significativos, ou seja, comprovando a sua proficiência.

Com efeito, é de extrema importância que essas profissionais passem a serem mais respeitadas e valorizadas, e isso de acordo com o trabalho que as mesmas realizam, o fato de haver policiais do gênero feminino na policia militar paranaense, é uma amostra de como as mesmas apresentam um grande potencial, e podem contribuir de uma maneira mais efetiva com o pleno desenvolvimento e manutenção do sistema social.

O erro crasso que continua sendo cometido pelo público masculino que atua na policia militar paranaense, é de acreditar que as profissionais ainda se encontram inseridas em um eixo de vulnerabilidade e fragilidade, o que verdadeiramente representa um erro crasso.

Afinal de contas, essas profissionais tiveram que demonstrar toda a sua competência e preparo desde as primeiras etapas do processo de seleção nos concursos que foram realizados, e como se isso não bastasse, trata-se de um público que vem recebendo uma projeção maior no meio social, principalmente pela postura humanística que apresentam no desempenho de suas atribuições, e acima de tudo, pelas diversas competências que vem apresentando em seu dia a dia.

Por fim, é fundamental que haja uma punição que possa ser considerada como mais rígida e exemplar contra todos os que cometem esse tipo de ato covarde e hostil contra as policiais militares paranaenses, apresentando uma conduta de assédio, principalmente quando se trata de seus colegas de profissão, uma vez que, são esses profissionais que deveriam serem os primeiros a ofertarem o respaldo, o suporte e toda a rede de apoio necessária, para que essas profissionais possam realizar um trabalho de qualidade, com a síntese de beneficiar a toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABREU, M. A. **Cotas para mulheres no Legislativo e seus fundamentos republicanos.** Texto para Discussão (TD) 1645. Brasília: Editora IPEA, 2011.

ALVES, G. FRANÇA, F. (2018). "**Mulheres que mandam**" o assédio moral entre mulheres policiais militares. Revista Brasileira De Sociologia Do Direito, 2018.

BOURDIEU, P. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Editora Betrand Brasil, 2002.

CAPPELLE, M. **Mulheres policiais, relações de poder e de gênero na polícia militar do Paraná.** BATER. Revista de Administração Mackenzie, [sl], v. 11, n. 3, pág. 71–99, 2010.

COLODETTI, A. P. **As relações de gênero no contexto socioeconômico e cultural brasileiro:** estudo com mulheres motoristas de aplicativos de mobilidade urbana. Cadernos EBAPE.BR, 19(4), 872–886, 2021.

COUTO, D. R. (Org.). **Legislação e Organização Institucional da PMSE:** Leis afetas à Polícia Militar do Estado de Sergipe. 3ª ed. Aracaju: J Andrade, 2019.

HIRIGOYEN, M. **Mal-estar no trabalho:** redefinindo o assédio moral. Tradução Rejane Janowitzer. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

LEITE, J. R. **Assédio moral**. Justilex, Brasília: Maio, v. 5, n. 53, 2006.

MARTINS, V. F. **O papel da cultura organizacional "Milícia dos Bravos" na ocorrência do assédio moral – um estudo na Polícia Militar da Bahia.** Dissertação de mestrado. 2006.

MOREIRA, R. **Sobre mulheres e polícias:** a construção do policiamento feminino em São Paulo (1955-1964). 2011. Doutorado – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil.

RIBEIRO, L. **“A polícia militar é lugar de mulher?”** Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 26, n. 1, pág. 1–15, 2018.

SANTOS, A. **Direitos e garantias do militar**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

SILVA, R. **O Assédio Moral Nas Relações Interpessoais Verticalizadas Na Polícia Militar Do Estado Do Paraná.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 03, Ed. 08, v. 10, p. 95-120, ago, 2018.

SOBOLL, L. **Assédio moral-organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Ed. Casa do Psicólogo, 2008.

CAPÍTULO 8

DIAMANTE RARO: ANÁLISE DA POLÍTICA DE GESTÃO DA JUSTIÇA FEDERAL DO MARANHÃO (2018/2019)

Data de aceite: 03/09/2024

Erica de Sousa Costa
Universidade Federal do Tocantins; Pós-graduada em Gestão Pública pela Universidade Federal do Maranhão

Maria da Conceição Pereira de Sousa
Universidade Federal do Maranhão; Mestre em Administração pela Universidade Federal de Santa Maria

Edith Maria Barbosa Ramos
Universidade Federal do Maranhão; Departamento de Direito; Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão

RESUMO: A pesquisa discute a política de gestão da Seção Judiciária do Maranhão (SJMA) no recorte temporal dos anos de 2018 e 2019. Nesse sentido, elenca-se como objetivo analisar a política institucional da SJMA, quanto ao critério da eficiência, referente ao Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus), em uma interligação com o aspecto do direito à saúde. Trata-se de um estudo exploratório, de cunho qualitativo, com procedimentos de pesquisa bibliográfico-documental e utilização de fontes secundárias. As análises dos resultados evidenciam que a gestão pública se caracteriza como um fator que interfere na interação entre eficiência e direito fundamental. Conclui-se, assim, que a política de gestão da SJMA prioriza a produtividade para alcance da eficiência, assegurando, de modo colateral, o direito fundamental à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Federal da 1ª Região. Seção Judiciária do Maranhão. Princípio constitucional da eficiência. Produtividade de magistrados e servidores. Direito fundamental à saúde.

INTRODUÇÃO

Quando o diálogo se volta para as políticas públicas no Brasil, na atualidade, as discussões levantam a necessidade de implementá-las com vistas a fomentar a concretização dos direitos sociais. A esse respeito, convém esclarecer que, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos sociais são direitos fundamentais.

De tal maneira, torna-se estratégico o exame de políticas de gestão institucional de organizações que se destacam em relação à concepção da eficiência. Nesse raciocínio, há relevância

no desenvolvimento de estudos que explorem, descrevam e/ou expliquem fenômenos que tendam a desvendar aspectos significativos quanto à eficiência, detectados no Judiciário.

Com base nisso, considera-se de interesse o relatório analítico *Justiça em Números,* do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), uma vez que este condensa o desempenho anual do Poder Judiciário brasileiro. Assim, no tocante ao relatório analítico, edição 2019, constata-se que, na dimensão seção judiciária da Justiça Federal, a Seção Judiciária do Maranhão (SJMA) alcançou o Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus) de 100% (cem por cento). Também assim, tal feito repetiu-se no relatório analítico, edição 2020. Portanto, fica evidente a concentração de conceitos relativos ao tipo de eficiência aqui levantada – perspectiva do IPC-Jus – na esfera da Justiça Federal, no horizonte da SJMA.

Nesse caminho, surge a seguinte indagação: Como a política de gestão da SJMA influiu no alcance da eficiência ligada ao IPC-Jus, biênio 2018/2019, em uma interconexão com a garantia do direito fundamental à saúde?

A partir da presente questão, objetiva-se analisar a política institucional da SJMA, quanto ao critério da eficiência, referente ao IPC-Jus, em uma interligação com o aspecto do direito à saúde. Para tanto, pretende-se: (i) verificar o relatório *Justiça em Números*, edições 2019 e 2020; (ii) identificar elemento(s) determinante(s) para alcance da eficiência; e (iii) revelar a influência da política de gestão referente aos impactos da produtividade de magistrados e servidores para geração da eficiência atinente ao IPC-Jus em uma interface com a questão do direito à saúde.

Ressalta-se que a análise é importante, à medida que busca identificar o fator de alto comprometimento para o alcance do IPC-Jus. Logo, os resultados da pesquisa tendem a demonstrar o vetor que repercute na obtenção da eficiência nessa linha de estudos. Sob esse prisma, a pesquisa colabora para demonstração de ponto a ser priorizado na criação e no aprimoramento de políticas no âmbito dos órgãos jurisdicionais no intento de maximizar a eficiência.

Ademais, o trabalho é significativo, tendo em vista que o Estado do Maranhão é vislumbrado por contemplar um maior contingente de pessoas em vulnerabilidade social, assediadas para um fazer laboral análogo ao trabalho escravo e, assim, desvelam-se peculiaridades locais de índole sociológica e etnográfica, as quais caracterizam o ambiente em que a prestação jurisdicional eficiente deságua no viés dessa pesquisa.

Desse modo, o trabalho encontra-se estruturado da seguinte forma: i) embasamento teórico, que alicerça a linha de estudos em torno do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública, além do direito à saúde; ii) procedimentos metodológicos aplicados para alcançar os objetivos da pesquisa; iii) evidência dos resultados, perpassando-se pelas discussões; iv) e, ainda, as considerações finais da pesquisa.

Destaca-se que o estudo tem cunho exploratório, interligado a uma abordagem de pesquisa qualitativa, associado a procedimentos de pesquisa bibliográfico-documental, com a utilização de outras fontes além das obtidas no site oficial do CNJ.

APONTAMENTOS TEÓRICOS SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao discutir sobre a aplicação da eficiência no âmbito público do Brasil, evidenciam-se os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), de forma mais específica o ODS 16: Paz, Justiça e Instituições Eficazes (Onu, 2021), como demonstrado no Quadro 1.

OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL
1 Erradicação da pobreza
2 Fome zero e agricultura sustentável
3 Saúde e bem-estar
4 Educação de qualidade
5 Igualdade de gênero
6 Água potável e saneamento
7 Energia limpa e acessível
8 Trabalho decente e crescimento econômico
9 Indústria, inovação e infraestrutura
10 Redução das desigualdades
11 Cidades e comunidades sustentáveis
12 Consumo e produção responsáveis
13 Ação contra a mudança global do clima
14 Vida na água
15 Vida terrestre
16 Paz, Justiça e Instituições Eficazes
17 Parcerias e meios de implementação

Quadro 1 – 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 – ONU

Fonte: Adaptado da Onu (2021, n. p.).

Nesse contexto, pontua-se que a promoção da sustentabilidade surge como macrodesafio no tangente ao planejamento nacional do Poder Judiciário, ciclo 2021 a 2026 (Cnj, 2020a), bem como no planejamento específico da Justiça Federal (Cjf, 2020).

É válido explicitar que a eficiência, como princípio de envergadura constitucional, deu-se a partir da inserção dele no Art. 37 da Constituição de 1988, por conta da Emenda nº 19/98, sendo estes os princípios da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Brasil, 1988). Note-se que a forma de organizar a Administração Pública com vistas a obter êxito na realização dos serviços públicos é tida como um tipo de eficiência (Di Pietro, 2019).

Em tal viés, a inserção do princípio da eficiência na sequência de princípios da Administração Pública concerne à busca pela qualidade na entrega do serviço no âmbito público (Moraes, 2017). Nesse caminho, observa-se uma relação entre a transparência e a eficiência (Moraes, 2017; Bulos, 2015). Aliás, tanto a desburocratização quanto a busca da qualidade são categorizadas como características da eficiência (Moraes, 2017).

De tal maneira, a eficiência envolve os conceitos de moralidade (Bulos, 2015; Moraes, 2017), assim como a eficácia se relaciona com a noção de lucratividade e obtenção de resultados satisfatórios (Bulos, 2015). Além disso, o autor acentua que o princípio da eficiência é uma insurgência em face da burocracia do Estado, com finalidade de superar a ausência de planejamento, tendo o ingresso dele ocorrido no ordenamento jurídico brasileiro, no contexto da reforma administrativa e a introdução de tal princípio, no corpo do Texto Constitucional, refletiu a relação de cidadania a ser reforçada pelo Estado, mediante a prestação de serviços de forma idônea (Bulos, 2015). Assim sendo, é consentâneo pontuar:

> O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade. (Moraes, 2017, p. 261).

Nessa perspectiva, é perceptível que o autor revela o diálogo entre a eficiência e o alcance social. Evidencia-se que a eficiência está ligada ao interesse público (Bulos, 2015). Ademais, a transparência também é um quesito relativo à eficiência (Bulos, 2015; Moraes, 2017).

Dessa feita, o cumprimento da eficiência tem conexão com o desempenho dos gestores públicos. Por decorrência, constata-se uma interconexão entre a eficiência e a postura do gestor público (Moraes, 2017). Assim, articula-se a pertinência dos estudos no que tange ao princípio constitucional da eficiência na Administração Pública.

REFLEXÕES TANGENTES AO DIREITO À SAÚDE

A garantia dos direitos fundamentais é tida como um dos macrodesafios inseridos na Estratégia Nacional do Poder Judiciário brasileiro, ciclo 2021 a 2026 (Cnj, 2020a), trabalhado no planejamento específico da Justiça Federal (Cjf, 2020). Nesse sentido, focaliza-se o direito à saúde, classificado como direito fundamental com base na Constituição da República (Brasil, 1988). Aliás, pondera-se que: a "[...] *Saúde* é o estado de completo bem-estar físico, mental, espiritual do homem, e não apenas a ausência de afecções e doenças." (Bulos, 2015, p. 1568, grifo do autor).

Dessa forma, o sentido de saúde está associado com a plena aptidão do sujeito no plano da sua formação existencial. "Saúde como direito de todos nada mais é do que uma forma, meio, instrumento de se garantir uma existência de vida digna aos integrantes da comunidade local e global." (Horvath Júnior, 2014, p. 125).

Em sintonia com isso, o Art. 196 da Carta Magna preconiza que a saúde é caracterizada como direito de todos, além de incumbência do Estado, assegurado por meio de políticas sociais e econômicas que busquem a diminuição do perigo de moléstia e demais implicações e ao acesso global e isonômico às práticas e serviços para seu desenvolvimento, resguardo e restauração (Brasil, 1988; Lenza, 2019; Moraes, 2017).

Acerca disso, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 1421) argumentam que o direito à saúde "[...] configura [...] um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, ao qual é imposto o dever de prestá-lo [...]." No recorte de pensamento dos juristas, revela-se claramente a responsabilidade do Estado em ofertar o direito à saúde.

Aliado a isso, chama-se atenção para o teor do Art. 198 da Constituição Federal (CF), o qual aponta diretrizes elencadas para as ações e os serviços públicos a serem promovidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), conforme visualizado no Quadro 2.

NORTEADORES DAS AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (Art. 198/CF)
Descentralização, com direção única em cada esfera de governo
Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais
Participação da comunidade

Quadro 2 – Diretrizes articuladoras das ações e serviços públicos de saúde

Fonte: Adaptado de Brasil (1988, n. p.).

Nesse compasso, o Quadro 2 demonstra a preocupação com os critérios da gestão em saúde para execução da demanda estatal, no que tange ao direito fundamental à saúde e, por sua vez, o Quadro 3 evidencia os preceitos norteadores do direito à saúde relativos à questão sanitária, a partir das atribuições do SUS, com base no Art. 200 da CF.

ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS CONFERIDAS AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)
Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos
Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador
Ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde
Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico
Incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação
Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano
Participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos
Colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho

Quadro 3 – Atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS)

Fonte: Adaptado de Brasil (1988, n. p.).

Na disposição constitucional estabelecida no Art. 200, que consta ilustrada no Quadro 3, observam-se as incumbências concedidas ao SUS para o implemento do direito à saúde no Brasil. Nessa esteira, o Estado se caracteriza como um mediador que "[...] tem o direito como ferramenta apta a materializar os objetivos políticos estampados no ordenamento jurídico. **Trata-se [...] de desafio interdisciplinar, a alcançar, inexoravelmente, as políticas públicas**." (Bezerra; Saraiva, 2021, p. 233, grifo nosso). Percebe-se, então, a relação intrínseca entre o exame do direito à saúde e a questão das políticas públicas, quando o debate focaliza tais elementos.

Em outra dimensão, é sensato refletir acerca da necessidade de embasamentos técnico-científicos, quando a matéria envolve a judicialização da saúde no Brasil, como apontado por Andrade (2019, p. 34, grifo nosso): "[...] advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público devem atinar para a lógica [...], de modo que deixem de ajuizar ações precipitadas, desprovidas de **fundamentos técnico-científicos** [...]." Aliás, Koehler e Saraiva (2021) advertem que a judicialização se torna um problema por conta da sua excessividade, bem como pela falta de coordenação, as quais impactam negativamente em outros direitos, como o de acesso igualitário à saúde pública.

Nessa linha de raciocínio, faz-se importante estabelecer estratégias que abordem essa questão de forma preventiva para evitar o protocolo de ações sem consistência no âmbito do Judiciário.

CAMINHO METODOLÓGICO DA PESQUISA

A pesquisa consubstancia uma investigação acerca do princípio da eficiência, o mais recente princípio da Administração Pública, permeando, assim, interlocuções sobre o pensamento constitucional contemporâneo. Isso ocorre porque os estudos ponderam que a jurisdição de alta performance é concretizada na dimensão que incute a boa gestão de Unidades Jurisdicionais (UJs).

Nesse rumo, realizaram-se pesquisas no site do CNJ, instituição pública que apura a eficiência no âmbito do Judiciário brasileiro, explorando-se o documento *Justiça em Números*, edições 2019 e 2020, o qual se caracteriza como um relatório analítico. Desse modo, o trabalho buscou examinar acerca do princípio da eficiência na Justiça Federal da 1ª Região, na órbita da SJMA, que obteve o IPC-Jus de 100% (cem por cento) nos anos-base de 2018 e de 2019, conforme aferido pelo CNJ e publicado sequencialmente no relatório analítico *Justiça em Números* 2019 e 2020, motivo pelo qual estas pesquisadoras voltam-se para descobrir o elemento com maior influência na mensuração do IPC-Jus para alcance da referida eficiência.

Dessa forma, reitera-se que a pesquisa em discussão é relevante por demonstrar um dos componentes da gestão de UJs, que pode ser aprimorado com vistas a impulsionar a eficiência. E, assim, ao ser identificado o fator determinante para efetivação da eficiência,

tem-se o aspecto que deve ser trabalhado para melhorar o desempenho de órgãos jurisdicionais, mediante a criação de políticas que consolidem a gestão eficiente.

Nesse sentido, a pesquisa em pauta tem como alvo verificar os conceitos de eficiência sob a perspectiva do IPC-Jus, aferido pelo CNJ. Nesse olhar, a presente análise demonstra uma construção de entendimentos que discutem acerca de vetores que elucidam a questão da eficiência na Administração Pública, cujo contexto ilustra um conjunto de expertises formulados por teóricos que desenvolveram estudos fundamentados acerca do assunto desencadeado.

Assim, nessa investigação sobre eficiência, faz-se conexão com o Direito Constitucional, produzindo uma contribuição analítica que auxilia na compreensão dos institutos basilares conducentes à eficiência em uma interface com o direito à saúde. Por conseguinte, tem-se que a pesquisa é considerada exploratória quanto aos seus objetivos, associada à aplicação de abordagem qualitativa para obtenção dos resultados sintetizados nesta comunicação científica, embasada nas pesquisas bibliográfica e documental no que pertine ao procedimento de pesquisa.

Nessa trilha, sendo a pesquisa em tela exploratória, é coerente explicitar que esse tipo de investigação propicia o alargamento dos pontos centrais da pesquisa pelo pesquisador (Lakatos; Marconi, 2010; Birochi, 2015). Como decorrência, essa pesquisa compreende melhor o objeto do estudo.

Por sua vez, a pesquisa em foco também é qualitativa, haja vista que pretende o esmiuçar da questão investigada (Reis, 2018). Portanto, apresenta enfoque qualitativo por elucidar conceitos relacionados à eficiência, e, para aferir os resultados, não emprega recursos quantificáveis. Some-se a isso o fato de focar na interpretação do sentido da eficiência no ambiente da SJMA, de modo a evidenciar o ponto fundamental para o alcance do IPC-Jus, além de propor a criação de políticas de gestão assertivas e bem desenhadas que catalisem a eficiência.

Convém apontar que a pesquisa é tida como bibliográfica, posto que se baseia em fontes escritas para levantar a linha de estudos. A esse ver, as contribuições intelectivas dos teóricos referentes a um tema delimitado, em essência, se caracterizam como o recurso de que se utiliza a pesquisa bibliográfica (Gil, 2009). Também é assim considerada, pois as fontes escritas foram fundamentais para embasar o trabalho. Ademais, a pesquisa é concebida como documental, eis que concerne aos objetos que não foram analisados sob a dimensão científica, a exemplo dos relatórios (Gil, 2009; Reis, 2018).

Nessa senda, esta pesquisa é documental vez que explora, em especial, o documento *Justiça em Números*, anos-base 2015 a 2019, além de nota técnica, emitida pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), em conjunto com a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Assim, os documentos citados foram basilares para nortear os resultados da pesquisa.

Aliás, o título apresentado para o referido trabalho evidencia, no viés da memória institucional da Seção, a importância do aspecto da paz pelo recebimento de premiação nacional no Prêmio Conciliar é Legal, do CNJ, 8ª edição, ano 2017, por prática que destaca a interação entre o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), dois tribunais regionais federais (Cnj, 2018a), sob a ótica de marco histórico da Justiça Federal maranhense, a clarear o motivo da sua escolha: Diamante raro.

Em suma, essa pesquisa tem cunho exploratório e recorre à abordagem qualitativa. De igual modo, usa o procedimento bibliográfico e documental com análise de fontes secundárias.

ANÁLISE DA EFICIÊNCIA E DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL DO MARANHÃO NOS ANOS DE 2018 E 2019

A análise salienta a SJMA que, por sua vez, é constituída por treze varas e duas turmas recursais na sede da instituição, além de englobar duas varas na Subseção Judiciária de Imperatriz, mais as Subseções de Caxias, Bacabal e Balsas, contendo uma vara em cada uma delas (Brasil, [2017?]). Assim, afere-se na esfera do TRF1, anos 2018 e 2019, a contemplação do IPC-Jus no percentual de 100% (cem por cento) no contexto da SJMA (Cnj, 2019; 2020b). Logo, a SJMA se destaca quanto ao alcance da eficiência tangente ao IPC-Jus, anos 2018 e 2019 (Cnj, 2019; 2020b).

Nesse diapasão, é coerente reiterar a existência de conexão entre a eficiência e a atuação do gestor público (Moraes, 2017). Esse autor esclarece que a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência são classificadas como princípios da Administração Pública (Moraes, 2017). Por conseguinte, é relevante destacar que o fator primordial para o alcance do IPC-Jus, no viés da presente pesquisa, é a produtividade. Esta evidência é averiguada por extrair tal aspecto do relatório analítico *Justiça em Números*, edições 2019 e 2020, o qual revela que o critério com maior influência na aferição do IPC-Jus, efetuado pelo CNJ é a produtividade dos magistrados e servidores (Cnj, 2019; 2020b). Desse modo, vale pontuar que a agilidade e a produtividade na prestação jurisdicional consistem em macrodesafios do Poder Judiciário, contidos no planejamento nacional, ciclo 2021 a 2026 (Cnj, 2020a), obedecidos pela Justiça Federal (Cjf, 2020).

Dessa forma, ao investigar a política de gestão institucional da SJMA, considerou-se pertinente a ponderação sobre o aspecto social. Nesse sentido, enfatiza-se a relevância da aplicação de conceitos de eficiência pela SJMA, ao observar que o Estado do Maranhão se desponta por possuir um maior contingente de pessoas em vulnerabilidade social, assediadas para um fazer laboral análogo ao trabalho escravo (G1, 2020), já que o Maranhão se destaca como fornecedor de trabalho escravo contemporâneo no Brasil (Ufma, 2022).

Por consequência, denota-se a entrega de serviço público eficiente pela SJMA no Estado do Maranhão, o qual é levantado por apresentar particularidade. Com base nisso, constata-se fato de interesse para o desvencilhar da investigação em tela ao diagnosticar a coerência do sistema aberto que se atenta para o lado social, refletindo impacto positivo em face da população atendida pela instituição pesquisada.

Nesta linha de pensamento, o Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil relata: “[...] o Maranhão também é o Estado com o maior número de egressos analfabetos residentes, com 2.455 casos, sobretudo, nos municípios de Codó (194), Açailândia (125), Passagem Franca (119), Pastos Bons (110) e São Mateus do Maranhão (92).” (Smartlab Mpt-Oit, 2017, p. [21]). A esse respeito, convém citar o Art. 149 da Lei nº 10.803/2003, *in verbis*:

> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
>
> Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
>
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
>
> I – Cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
>
> II – Mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.
>
> § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:
>
> I – Contra criança ou adolescente;
>
> II – Por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (Brasil, 2003, n. p.).

Em complemento a isso, vale acentuar o que esclarece Menezes:

> De toda forma, algumas diretrizes vêm sendo estabelecidas pelos precedentes: o delito somente deve ser admitido quando houver violação grave que afronte frontalmente a dignidade humana do trabalhador, tratado como meio ou instrumento (coisa ou insumo) de objetivos econômicos, não devendo o conceito ser aplicado nos casos de simples violação da norma trabalhista, com prejuízo isolado ou de curto prazo para o trabalhador. (Menezes, 2019, p. 3).

Deduz-se que tal fato realça a atuação eficiente da SJMA, eis que no Estado do Maranhão há concentração de significativa vulnerabilidade socioeconômica. Dessa forma, o indicador de eficiência importa em impacto social expressivo. Então, sob o aspecto de cunho sociológico, reforça-se a importância da prestação do serviço público de forma eficiente pela SJMA em razão da relevância social, pois, em um panorama nacional, o assunto mais demandado nos Juizados Especiais Federais (JEFs), desde o ano-base de

2015 até o ano-base de 2019, é o auxílio-doença previdenciário (Cnj, 2016; 2017; 2018b; 2019; 2020b), com atual nomenclatura: auxílio por incapacidade temporária (Brasil, 2019). Note-se que um dos requisitos que deve ser preenchido nessas ações previdenciárias consiste na incapacidade laboral ou para a atividade habitual dos pleiteantes, nos termos do Art. 201, I, da CF:

> **Art. 201.** A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:
>
> I – Cobertura dos eventos de **incapacidade temporária** ou permanente para o trabalho e idade avançada; [...] (Brasil, 1988, n. p., grifo nosso).

Sob esse prisma, é oportuno salientar: "[...] o auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos." (Brasil, 1991, n. p.). Assim, no estudo da política de gestão institucional da SJMA, as constatações reveladas indicam elementos sociológicos e etnográficos importantes em uma perspectiva de análise sociológica da oferta do serviço público com eficiência, a revelar alcance social.

Feitas essas pontuações, centradas no campo da previdência social, chama-se atenção para o direito à saúde que, na qualidade de direito de todos, se consubstancia como ferramenta de se assegurar uma vida íntegra aos cidadãos (Horvath Júnior, 2014, p. 125). Com isso, quanto ao direito à saúde no cenário da Subseção Judiciária de Imperatriz, pertencente à SJMA do TRF1, evidencia-se a Câmara de Mediação em Direito de Saúde (CAMEDS) (Cnj, 2018a). Note-se que, na atualidade, a partir do novo Código de Processo Civil, é desencorajado ver o Poder Judiciário apenas como julgador, aplicando o direito no caso concreto, já que, de igual modo, ele deve ser visto como instigador de meios consensuais para a solução de controvérsias que lhes são postas para averiguação (Marques, 2020, p. 415).

Nesse tocante, verifica-se que a aludida prática incute a percepção de uma imagem positiva de construção de valores perante a sociedade, revelando a dinâmica do sistema da Justiça Federal interconectada entre o TRF1 e o TRF3, com foco na análise de questões que tangenciam o direito à saúde. É conveniente lembrar que a prática identificada foi reconhecida no Prêmio Conciliar é Legal, do CNJ, 8ª edição, 2017, categoria juiz individual (Cnj, 2018a).

Nesse sentido, reafirma-se que o vetor determinante para o alcance do IPC-Jus é a produtividade. Dessa forma, tem-se que o aspecto que influi com maior grau de comprometimento na análise do referido índice de eficiência apurado anualmente pelo CNJ é a produtividade. Ressalta-se, pois, que a produtividade consiste em uma característica que assinala a atuação da SJMA no recorte temporal investigado, desvendando que se

trata de um critério valorizado pela cultura institucional da Seção. Logo, se faz necessário desenvolver políticas de gestão que intensifiquem a produtividade no âmbito do Judiciário do Brasil, já que aqui esse determinante é o que melhor concebe a eficiência.

Além disso, no exame da política de gestão da SJMA, tem-se a distinção quanto a garantia do direito fundamental e social à saúde, em especial, pelo implemento da CAMEDS, na esfera da SJMA, junto à Subseção Judiciária de Imperatriz. Dessa maneira, ao analisar a política de gestão da SJMA, anos 2018 e 2019, verifica-se que ela se caracteriza pela eficiência concentrada na produtividade dos magistrados e servidores com ênfase para os cuidados com a questão da garantia do direito fundamental à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa pesquisa buscou responder à seguinte pergunta-problema: Como a política de gestão da SJMA influiu no alcance da eficiência ligada ao IPC-Jus, biênio 2018/2019, em uma interconexão com a garantia do direito fundamental à saúde? A partir das análises empreendidas, evidencia-se que a produtividade é o fator com maior grau de comprometimento em face da apuração do IPC-Jus. Essa conclusão provém da identificação da produtividade dos magistrados e dos servidores como aspecto avaliado e de maior influência para validar o alcance do IPC-Jus. Depreende-se que a produtividade é o ponto-cerne quando o assunto é a eficiência. Desse modo, averígua-se que a produtividade distinguiu a gestão da SJMA nos anos de 2018 e 2019, descortinando um aspecto prestigiado pela cultura institucional dela, enfatizada por sua política de gestão. Como decorrência, revela-se o alcance social em favor de população que aglutina característica de vulnerabilidade socioeconômica.

Além do mais, no delineamento da política de gestão da SJMA, destaca-se a CAMEDS como um dispositivo para a garantia do direito à saúde na Justiça Federal do Maranhão, Subseção Judiciária de Imperatriz. Assim, sob o olhar bibliográfico-documental, analisa-se que a política de gestão da instituição, no recorte temporal 2018/2019, se configurou pela eficiência centrada na produtividade, caminhando ladeada no rumo de assegurar o direito fundamental e social à saúde. Portanto, a pesquisa mostra o principal vetor da eficiência quanto ao IPC-Jus, isto é, a produtividade. Por conseguinte, na linha de estudos da presente pesquisa, revela-se importante aspecto a ser focalizado no aprimoramento de políticas públicas para incrementar a eficiência no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. De tal maneira, fica clara a significância de continuar a investigação, sob o prisma da gestão da Justiça Federal do Maranhão.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. Reflexões sobre a progressiva judicialização da saúde no Brasil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 31, n. 3, p. 23-35, 2019. Disponível em: https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/139. Acesso em: 19 nov. 2021.

BEZERRA, André Augusto Salvador; SARAIVA, Fabiane Borges. Judicialização das políticas públicas de saúde: efetivar direitos sem violar a isonomia dos entes federativos. **Revista Judicial Brasileira**, v. 1, n. 1, p. 227-250, dez. 2021. Disponível em: https://revistadaenfam.emnuvens.com.br/renfam/article/view/84/39. Acesso em: 24 dez. 2021.

BIROCHI, Renê. **Metodologia de estudo e de pesquisa em administração**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil [de] 1988**. Brasília, DF: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003**. Altera o art. 149 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.803.htm. Acesso em: 8 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Seção Judiciária do Maranhão. **Histórico da Seção Judiciária do Maranhão**. Texto: Juiz Federal Rubem Lima de Paula Filho. [2017?]. Disponível em: https://portal.trf1.jus.br/sjma/institucional/centro-de-memoria/historia/historia.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CJF. **Resolução nº 668, de 9 de novembro de 2020**. Dispõe sobre a estratégia da Justiça Federal 2021-2026. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/Res%20668-2020.pdf. Acesso em: 19 jan. 2021.

CNJ. **Justiça em números 2016**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 21 jan. 2021.

CNJ. **Justiça em números 2017**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 21 jan. 2021.

CNJ. **Justiça em números 2018b**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 21 jan. 2021.

CNJ. **Justiça em números 2019**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 21 jan. 2021.

CNJ. **Justiça em números 2020b**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 21 jan. 2021.

CNJ. **Prêmio Conciliar é Legal 8ª edição (2017)**. 2018a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/66351ab83a8eadc24ba0d9049c7c077a.pdf. Acesso em: 2 abr. 2021.

CNJ. **Resolução nº 325, de 29 de junho de 2020a**. Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. [Brasília, DF]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original182343202006305efb832f79875.pdf. Acesso em: 2 abr. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2009.

G1. **MPT aponta que o Maranhão continua sendo o maior fornecedor de mão de obra escrava do Brasil**. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2020/07/30/mpt-aponta-que-o-maranhao-continua-sendo-o-maior-fornecedor-de-mao-de-obra-escrava-do-brasil.ghtml. Acesso em: 25 fev. 2021.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; SARAIVA, Fabiane Borges. O sistema de precedentes e a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista Eletrônica do CNJ**, [Brasília, DF], 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/223/119. Acesso em: 12 fev. 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARQUES, Renata Grazielle Ferrão. O papel dos métodos autocompositivos para o poder público no ordenamento jurídico brasileiro como forma de acesso à justiça. **Revista FIDES**, v. 11, n. 1, jul. 2020. Disponível em: http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/473. Acesso em: 8 jun. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES, Olindo. Notas sobre o crime de redução a condição análoga à de escravo. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 31, n. 3, p. 1-5, 2019. Disponível em: https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/136. Acesso em: 8 jun. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ONU. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. [Brasília, DF]. 2021. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs. Acesso em: 26 nov. 2021.

REIS, Cinthia Regina Nunes. **Metodologia da pesquisa em educação** [livro eletrônico]. São Luís: UEMAnet, 2018.

SMARTLAB MPT-OIT. **Observatório Digital do trabalho escravo no Brasil**: Nota Técnica SMARTLAB n.º 1/2017. Coordenação Técnica: Luís Fabiano de Assis; Luis Fujiwara. Brasília, DF: Smartlab de Trabalho Decente do MPT e da OIT no 2015 2017. [versão 1.0]. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_555892.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

UFMA. **Programa Sem Filtro desta terça-feira aborda o trabalho escravo no Maranhão**. 2022. Disponível em: https://portalpadrao.ufma.br/site/noticias/programa-sem-filtro-desta-terca-feira-aborda-o-trabalho-escravo-no-maranhao. Acesso em: 8 jun. 2022.

CAPÍTULO 9

BLOCKCHAIN, *SMART CONTRACTS* E A ATUAÇÃO NOTARIAL: A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA DIANTE DE UM CENÁRIO DE MUDANÇAS

Data de aceite: 03/09/2024

Geovana de Quadros Martins Bortoli
Aluna do curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduada em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP, BAGÉ). Pós-Graduada *Lato Sensu* em Direito Notarial e Registral, com área de conhecimento em Direito para o Mercado de Trabalho, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Especialista (Pós-Graduação *Lato Sensu*) em Direito Notarial e Registral, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Tabeliã no Tabelionato de Notas de Ijuí. Possui Certificação de Proteção de Dados para Cartório – Provimento 134/22 pela Metis Compliance Digital

Herbert Kiefer Colla
Aluno do curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduado em Direito pela Universidade da Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista (Pós-Graduação *Lato Sensu*) em Direito Notarial e Registral e em Direito Imobiliário pela Faculdade Única de Ipatinga/MG (FUNIP). Advogad

Frederico Felipe Timm Kruel
Aluno do curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)

RESUMO: A atividade notarial é, sem dúvida, uma das mais tradicionais do país, com mais de quatro séculos de existência no Brasil. Da instalação do primeiro Tabelionato, há 458 anos, muito se inovou na atividade notarial, desde o modo como as delegações são providas, passando pelo reconhecimento da importância da função até chegar às inovações legislativas e jurídicas que, nos últimos anos, adentraram o escopo desta multissecular função. É nesse cenário que se almeja contextualizar a compatibilização da tradicional atividade notarial com as novas tecnologias, mormente a rede *blockchain* e os *smart contracts*. No mais, far-se-á referência à recente positivação da *escrow* notarial pela Lei nº 14.711/2023. Nesse sentido, em um primeiro momento, serão expostas as características principais da *blockchain*, dos

smart contracts e das *escrow accounts*. Em seguida, buscar-se-á analisar como essas novas tecnologias impactam a atividade notarial para, por fim, apontar as significativas vantagens da compatibilização, e não substituição, da atividade notarial com as novas tecnologias.
PALAVRAS-CHAVE: *Blockchain*. *Smart contracts*. *Escrow account*. Atividade notarial.

BLOCKCHAIN, SMART CONTRACTS AND NOTARIAL ACTIVITY: ENSURING LEGAL SECURITY IN A CHANGING SCENARIO

ABSTRACT: Notarial activity is, without a doubt, one of the most traditional in our country, with more than four centuries of existence in Brazil. Since the installation of the first Notary Office, 458 years ago, much has been innovated in the notarial activity, from the way in which notarial delegations are filled, through the recognition of the importance of the activity, to the recent legislative and legal innovations regarding this multisecular function. It is in this scenario that we aim to contextualize the compatibility of the traditional notarial activity with the new technologies, especially the blockchain network and smart contracts. Furthermore, reference will be made to the recent emergence of notarial escrow account by Statute No. 14,711/2023. In this sense, initially, the main characteristics of blockchain, smart contracts and escrow accounts will be exposed. Next, we will seek to analyze how these new technologies impact the notarial activity to, finally, point out the significant advantages of compatibility, and not replacement, of notarial activity with these new technologies.
KEYWORDS: Blockchain. Smart contracts. *Escrow account.* Notarial activity.

INTRODUÇÃO

A atividade notarial, uma das mais tradicionais do Brasil, inovou desde a instalação do primeiro Tabelionato no Brasil, quando o governador Mem de Sá nomeou Pero da Costa para responder pelo 1º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, há 458 anos[1]. Desde então, a função notarial passou por profundas transformações, perpassando a mera autenticação de atos jurídicos. Nos dizeres de Kassama[2],

> [...] o afazer do notariado surge então não mais como uma forma de autenticar, mas como um acoplamento estrutural entre um sistema psíquico natural e um sistema de comunicação jurídico que naturalmente dispõe de "amortecedores" para que a transição entre o mundo psicológico individual possa se expressar de forma mais correta e garantida possível ante o sistema formal do direito.

Em outros termos, o notário atua preventivamente para garantir que a manifestação da vontade das partes seja dotada de plenos efeitos conforme o ordenamento jurídico. Desse modo, em harmonia com o que o referido autor denomina como "tecnologia de cautela" da atuação notarial, vislumbra-se a possibilidade de utilização da estrutura descentralizada da

1 GERCIA, José Renato Vilarnovo. Presidente do CNB/RJ e notário titular do 35º Ofício de Notas do Rio de Janeiro (RJ). CNB/RJ lança 1º edição da revista "**O Notário Contemporâneo**" – Colégio Notarial. Disponível em: https://www.notariado.org.br/cnb-rj-lanca-1o-edicao-da-revista-o-notario-contemporaneo/. Acesso em: 20 jun. 2024.
2 KASSAMA, Alexandre Gonçalves. **Frente ao oráculo:** a função notarial e os *smart contracts*. Disponível em: http://www.notariado.org.br/cnb-rj-lanca-1o-edicao-da-revista-o-notario-contemporaneo/#. Acesso em: 04 jul. 2024.

rede *blockchain* e dos *smart contracts* como suporte aos atos notariais, o que deve levar ao aumento da transparência e da confiabilidade dos dados disponibilizados na rede, da eficiência e da segurança jurídica dos serviços notariais.

Neste estudo, a atuação notarial é observada sob o aspecto da atividade de qualificação adequada da vontade das partes nas categorias jurídicas oferecidas pelo ordenamento jurídico, vontade, esta, que, muitas vezes, não é plenamente conhecida pelas próprias partes contratantes antes da atuação do notário. Nessa linha, confira-se, em tradução livre, a lição de Petrelli[3]:

> A investigação das intenções das partes permite alcançar este objetivo, através de uma atividade aprofundada [...] por meio dessa atividade, o tabelião — interagindo com as partes — identifica sua real intenção (que às vezes elas mesmas não conhecem plenamente, desconhecendo as possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico e seus limites). Por conseguinte, coloca essa intenção prática, através da atividade adequada de qualificação, nas categorias jurídicas oferecidas por esse sistema jurídico.

Em razão dessa atividade de desvendamento e formalização da vontade das partes, é mister compatibilizar as novas tecnologias com a já tradicional função notarial. Nesse sentido, almejando traçar uma perspectiva sobre a importância e o papel do notariado no futuro, considerando o impacto das tecnologias emergentes, como os *smart contracts* e a *blockchain*, interessante mencionar o que dispõem Didier Jr. e Fernandez[4]:

> É fácil perceber que algumas características típicas da blockchain, como a imutabilidade, a transparência e a correção de dados, são perfeitamente compatíveis com o regime jurídico das serventias extrajudiciais, que visa assegurar a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos (art. 1º, da Lei nº 8.935/1994).

Percebe-se que a tecnologia atual ainda não consegue captar adequadamente a vontade humana, a qual é altamente subjetiva e influenciada por fatores emocionais. A título exemplificativo, veja-se que a máquina não percebe se uma decisão foi tomada sob coerção ou pressão, bem como não capta a presença de assimetrias informacionais na relação entre as partes contratantes, o que é um problema recorrente em diversos negócios jurídicos e amplamente estudado no campo da economia comportamental. O notariado passa, então, a desempenhar relevante função que se compatibiliza com a utilização dos *smart contracts*.

Assim, a autoridade do notariado em interpretar e validar a vontade das partes envolvidas em atos jurídicos, ao invés de suplantada, é complementada pelos benefícios que a tecnologia *blockchain* e os *smart contracts* podem trazer, de modo que se buscará investigar a harmonia e os benefícios da utilização das novas tecnologias nos serviços notariais.

3 PETRELLI, Gaetano. L'indagine della volontà delle parti e la «sostanza» dell'atto pubblico notarile. **Rivista del Notariato,** Milão, ano 60, p. 29-79, 2006. Disponível em: http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000257/2006%20-%20L_indagine%20della%20volonta%20delle%20parti%20e%20la%20sostanza%20dell_atto%20pubblico%20notarile.pdf. Acesso em: 08 jul. 2024.
4 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. São Paulo: Juspodivm, 2024.

PREMISSAS CONCEITUAIS

A tecnologia *blockchain*

A *blockchain* é um sistema descentralizado de registros, consistente numa cadeia de blocos de dados validados. Ela é estruturada a partir de uma rede descentralizada de múltiplos servidores (denominados de nós), dispersos no ambiente físico e virtual. A inserção de novas informações é replicada quase instantaneamente por toda a rede, tornando-se dispensável a participação de uma instituição intermediária para a realização de registros na plataforma[5].

A tecnologia *blockchain* emerge no contexto da crise financeira de 2008, nos Estados Unidos da América, impulsionada pela desconfiança nas instituições financeiras tradicionais e pela necessidade de um sistema mais transparente e seguro para transações. A crise, marcada pelo colapso do mercado de hipotecas *subprime* e pela subsequente falência de grandes bancos, evidenciou a fragilidade do sistema financeiro centralizado e a falta de supervisão adequada por parte das autoridades regulatórias.

Nesse contexto, em 31 de outubro de 2008, Nakamoto publicou um artigo propondo um sistema de pagamento seguro através de uma moeda digital que elimina a necessidade de intermediários para garantir a confiabilidade das transações. Essa inovação deu origem à primeira plataforma *blockchain*, o Bitcoin, uma tecnologia que permite pagamentos digitais descentralizados e seguros[6-7].

Veja-se que, embora, atualmente, a forma mais difundida de uso da rede *blockchain* seja relacionada a fins financeiros, tais como armazenamento e utilização de moedas digitais e o uso de ferramentas que possibilitam empréstimos *peer-to-peer*, a *blockchain* também pode ser aplicada para outras funcionalidades. Nessa toada, a multifuncionalidade da arquitetura decorre, sobretudo, da evolução do modelo originário de propósito único para a criação de protocolos de propósito múltiplo[8].

Ser a *blockchain* uma rede descentralizada significa que nenhum dos nós da rede detém o poder computacional necessário para falsificar os registros das transações, de modo que todas as informações registradas nos blocos são tidas como confiáveis e imutáveis[9]. Assim, em razão de sua confiabilidade e da imutabilidade dos dados, o uso da *blockchain* expandiu-se a diversas outras áreas do conhecimento, dentre elas, a área jurídica, como é o caso da utilização dos contratos inteligentes, que serão abordados a seguir.

5 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. São Paulo: Juspodivm, 2024.

6 MENDES, Carlos Leonardo dos S. **Criptoativos, blockchain e smart contracts**. Disponível em: https://pucminas.instructure.com/courses/87574. Acesso em: 06 jul. 2024.

7 NAKAMOTO, Satoshi. ***Bitcoin:*** *a peer-to-peer electronic cash system. 2008.* Disponível em: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf. Acesso em: 09 jul. 2024.

8 SOUZA, Thais Diniz Coelho de. Interseção entre direito e tecnologia na perspectiva de modelos de ords baseados em *blockchain* e *smart contracts*. **Revista de Direito e Atualidades**, ed. 04, v. 2, jan./jun. 2022. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/6281. Acesso em: 04 jul. 2024.

9 LUMINEAU, Fabrice; WANG, Wenqian; SCHILKE, Oliver. Blockchain governance – a new way of organizing collaborations? ***Organization Science,*** v. 32, n. 2, mar./abr. 2021. Disponível em: https://pubsonline.informs.org/doi/10.1287/orsc.2020.1379. Acesso em: 30 jun. 2024.

Smart contracts

São nessas *blockchains* de propósitos múltiplos que os *smart contracts*, inicialmente idealizados por Nick Szabo, ganharam verdadeira aplicação[10]. Os *smart contracts* podem ser definidos da seguinte maneira:

> Os contratos inteligentes combinam protocolos, interfaces de usuários e promessas expressas por meio dessas interfaces, para formalizar e proteger relacionamentos em redes públicas. Isto dá-nos novas formas de formalizar as relações digitais que são muito mais funcionais do que os seus antepassados inanimados baseados em papel. Os contratos inteligentes reduzem os custos de transação mentais e computacionais, impostos pelos principais, por terceiros ou por suas ferramentas[11] (tradução nossa).

Para Porto, Lima Junior e Silva[12], a despeito da atribuição de conceito aos contratos inteligentes por Nick Szabo, atualmente não existe definição unânime para contratos inteligentes, principalmente porque especialistas em computação e juristas têm percepções diferentes do que seja um contrato.

De qualquer modo, pode-se dizer que os contratos inteligentes são a execução automatizada dos acordos, por computadores, através do uso de plataformas virtuais. Por outro lado, há que se considerar que outros mecanismos mais simples também podem ser considerados contratos inteligentes, como a própria ideia inicial de Nick Szabo, a *vending machine*[13]. Avelar expõe o conceito da *vending machine* como *smart contract* da seguinte maneira:

> Um exemplo claro de smart contract é o funcionamento de máquinas automáticas de venda de refrigerantes: se o usuário inserir o valor x na máquina, receberá o produto y. Ou seja, ao cumprir a condição estabelecida pelo contrato (preço), que é interpretada pela máquina em códigos computacionais, o usuário recebe a contraprestação (produto)[14].

O principal objetivo dos *smart contracts* é minimizar a necessidade de intermediários confiáveis, satisfazer as condições contratuais comuns (como pagamento, ônus, cumprimento, etc.) e minimizar as exceções maliciosas e acidentais. Aqui, destaca-se a referida imutabilidade dos registros na rede *blockchain*, pois, uma vez lançada a informação

---

10 PORTO, Antônio Maristrello; LIMA JUNIOR, João Manoel de; SILVA, Gabriela Borges. Tecnologia blockchain e direito societário: aplicações práticas e desafios para a regulação. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, v. 56, n. 223, p. 11-30, jul./set. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p11. Acesso em: 04 jul. 2024.

11 Considerado o principal texto para a ideia inicial: SZABO, N. **Formalizing and securing relationships on public networks.** 1997. Disponível em https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548. Acesso em: 06 jul. 2024.

12 PORTO, Antônio Maristrello; LIMA JUNIOR, João Manoel de; SILVA, Gabriela Borges. Tecnologia blockchain e direito societário: aplicações práticas e desafios para a regulação. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, v. 56, n. 223, p. 11-30, jul./set. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p11. Acesso em: 04 jul. 2024.

13 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. São Paulo: Juspodivm, 2024.

14 AVELAR, Dayane. **Perspectivas dos smart contracts sob a ótica da função social dos contratos no direito brasileiro**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/406593/smart-contracts-sob-otica-da-funcao-social--no-direito-brasileiro. Acesso em: 02 jul. 2024.

no bloco do *smart contract*, este não poderá ser alterado: cumpridas as condições pré-estabelecidas, o contrato é executado automaticamente.

Diante dessas características dos *smart contracts*, cunhou-se o termo *Code is Law*. Nesse sentido, Hassan e Filippi[15] afirmam que "o ambiente digital abre as portas para uma nova forma de regulação - por atores privados - que podem tentar impor seus próprios valores, incorporando-os em um artefato tecnológico". Como afirma Lessig[16], "Código é Lei": código é, em última análise, a arquitetura da Internet e, como tal, é capaz de restringir as ações de um indivíduo por meios tecnológicos.

Diante dessa perspectiva, alguns autores, como Rocha e Rocha[17], afirmam que o contrato inteligente não é, por si só, um contrato, mas sim um acordo moldado por códigos, na forma de um *software*. Destacam, ainda, que, embora seja evidente que o *pacta sunt servanda* esteja entre os princípios contratuais que fazem parte do sistema jurídico, tal princípio não pode ser considerado absoluto, dado que, na sociedade atual, não se cogita mais a existência de contratos inflexíveis.

Veja-se que a imutabilidade da *blockchain* é convergente ao princípio *pacta sunt servanda*, mas, por outro lado, pode tirar a possibilidade de as partes renegociarem termos contratuais. Assim sendo, os referidos autores destacam a importância da possível revisão do contrato sempre que ocorrerem imprevistos. Nesse sentido, a cláusula *rebus sic stantibus* instrumentaliza a teoria da imprevisão, com o objetivo de ancorar a execução do contrato às condições existentes no momento em que as partes expressaram seus desejos.

Perante esse cenário, pode-se dizer que os contratos inteligentes, como propostos, não permitem a interrupção do cumprimento ou da execução contratual, arcando as partes com os ônus decorrentes dos fatos imprevistos - o que pode levar a discussões acerca de tais termos contratuais no Poder Judiciário. No mais, a ideia dos contratos inteligentes, em última análise, pode confrontar alguns dos princípios básicos legais, sobretudo aqueles relativizadores da força obrigatória contratual, como, por exemplo, nos casos em que a cláusula *rebus sic standibus* leva à teoria da imprevisão, e a teoria da quebra da base objetiva do contrato no caso de relações consumeristas.

Outra situação que precisa ser analisada com relação aos *smart contracts* é o objetivo de autoexecução. No contexto atual dos *smart contracts*, se determinada pessoa assina um contrato, mas não cumpre com a sua prestação - por exemplo, com o pagamento -, é necessário recorrer a um terceiro, como um juiz, para executar a dívida, de forma que não será plenamente autoexecutável. Portanto, seria preciso que todos os sistemas

---

15 HASSAN, Samer; FILIPPI, Primavera de. The expansion of algorithmic governance: from code is law to law is code. **Field Actions Science Reports**, Special Issue 17, 2017. Disponível em: http://journals.openedition.org/factsreports/4518. Acesso em: 04 jul. 2024.

16 LESSIG (1999 *apud* HASSAN, Samer; FILIPPI, Primavera de. The expansion of algorithmic governance: from code is law to law is code. **Field Actions Science Reports,** Special Issue 17, 2017. Disponível em: http://journals.openedition.org/factsreports/4518. Acesso em: 04 jul. 2024).

17 ROCHA, Debora Cristina de Castro da; ROCHA, Edilson Santos da. *Smart contracts* e "the code is law" - a problemática frente à base principiológica contratual contemporânea. **Percurso,** v. 1, n. 32, p. 113-137, 14 set. 2020. Disponível em: http://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/percurso/article/view/23899. Acesso em: 30 jun. 2024.

estivessem conectados para que o contrato efetivamente fosse inteligente, o que não ocorre na tecnologia como está proposta.

Nesse conflito entre a autoexecutoriedade dos contratos inteligentes e o funcionamento do sistema jurídico brasileiro, veja-se a lição de Avelar[18]:

> Não seria viável buscar uma ordem judicial para modificar ou rescindir um contrato celebrado em blockchain. Por um lado, a tecnologia é especificamente projetada para impedir a reversibilidade dos comandos programados. Por outro lado, uma decisão judicial, conforme concebida atualmente, não teria capacidade para restringir um código computacional autoexecutável, que é a base dos smart contracts desenvolvidos nessa tecnologia.

Dessa perspectiva, surge a possibilidade de se utilizar uma *escrow account*, definida como uma conta garantia ou vinculada, comumente utilizada no mercado financeiro. Em tal cenário, normalmente em operações financeiras, uma garantia em dinheiro é depositada com um terceiro até que a condição contratual preestabelecida seja cumprida.

Nesse sentido, a recente Lei nº 14.711/2023[19] trouxe soluções para além do recital tradicional de “menos intervenção” e “mais liberdade”[20], com importantes inovações para o desenvolvimento das relações contratuais, dentre elas, a função *escrow,* a seguir estudada.

A função da *Escrow*

O termo contrato possui muitos sentidos e, quando se estuda o seu significado jurídico, costuma-se repetir definições tradicionais, como “acordo entre as partes que cria, altera e extingue obrigações”, ou “promessa respaldada por efeitos legais”. No entanto, o significado da palavra é mais complexo e diversificado[21]. Em termos gerais, o contrato pode ser traduzido como uma expectativa em relação ao futuro[22].

Portanto, pode-se dizer que o contrato organiza as relações entre as partes visando a reduzir as incertezas e a estabelecer um conjunto de expectativas claras e específicas, ou seja, ordena as expectativas de modo a tornar a relação, agora contratual, menos complexa do que a relação anterior, em que o comportamento expectado era mais aberto, mas, ao mesmo tempo, com a possibilidade de novas ações que se dissolveriam se a entropia fosse mantida nos mesmos níveis do estado pré-contratual[23].

---

18 AVELAR, Dayane. **Perspectivas dos smart contracts sob a ótica da função social dos contratos no direito brasileiro**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/406593/smart-contracts-sob-otica-da-funcao-social--no-direito-brasileiro. Acesso em: 02 jul. 2024.

19 BRASIL. **Lei nº 14.711, de 30 de outubro de 2023.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14711.htm. Acesso em: 04 jul. 2024.

20 KASSAMA, Alexandre; DEBS, Martha El; CHEZZI, Bernardo (Orgs.). **“Escrow notarial”:** primeiras impressões. São Paulo: Juspodivm, 2024. p. 720.

21 COSTA, José Augusto Fontoura; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Orgs.). **Complexidade e contratos:** enfoques teóricos e possibilidades metodológicas. Curitiba: IODA, 2023.

22 KASSAMA, Alexandre; DEBS, Martha El; CHEZZI, Bernardo (Orgs.). **“Escrow notarial”:** primeiras impressões. São Paulo: Juspodivm, 2024.

23 LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

Nas palavras de Sztajn[24],

> Contrato é o negócio jurídico destinado a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas de conteúdo patrimonial. O criar contém a ideia de regular, de estabelecer regras cujos efeitos, no caso dos contratos de longa duração e execução continuada ou diferida, serão produzidos enquanto o negócio viger. Quer dizer, a vida do contrato poderá ser afetada, no que se refere aos efeitos dele decorrentes, por inúmeras e várias situações que podem modificá-los.

A partir dessas premissas, é nítido que, por mais que o normal e o esperado seja o adimplemento dos contratos, sabe-se que inúmeras e variadas situações podem ocorrer, de forma que o inadimplemento é uma possibilidade latente.

Diante dessa possibilidade de inadimplemento, surge a figura da *escrow,* que, segundo Morais[25], pode-se classificar como um

> [...] contrato pelo qual duas partes, contratantes num contrato sinalagmático subjacente, confiam a um terceiro (normalmente, com carácter confidencial) o objecto da prestação contratual de uma delas, obrigando-se o depositário a restituir a coisa depositada de acordo com as instruções que lhe forem dadas por aquelas.

Pois bem. A Lei nº 14.711/2023[26], denominada de nova Lei das Garantias, acrescentou o art. 7º A na Lei nº 8.935/1994[27], que instituiu, no parágrafo primeiro, o tabelião de notas como intermediário de conta garantia, que vem sendo chamada de *"escrow notarial".* Veja-se a redação do dispositivo referido:

> Art. 7º-A Aos tabeliães de notas também compete, sem exclusividade, entre outras atividades:
>
> § 1º O preço do negócio ou os valores conexos poderão ser recebidos ou consignados por meio do tabelião de notas, que repassará o montante à parte devida ao constatar a ocorrência ou a frustração das condições negociais aplicáveis, não podendo o depósito feito em conta vinculada ao negócio, nos termos de convênio firmado entre a entidade de classe de âmbito nacional e instituição financeira credenciada, que constituirá patrimônio segregado, ser constrito por autoridade judicial ou fiscal em razão de obrigação do depositante, de qualquer parte ou do tabelião de notas, por motivo estranho ao próprio negócio. (Incluído pela Lei nº 14.711, de 2023).

Nota-se que a nova Lei das Garantias traz a possibilidade do recebimento do preço do negócio pelo notário para sua ulterior transferência a quem de direito, no momento em que constatar, com fulcro em sua fé pública, a ocorrência ou a frustração das condições negociais preestabelecidas.

---

24 SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 99, p. 283-302, 2004. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626. Acesso em: 06 jul. 2024.

25 MORAIS *apud* DIAS, L. F. M. A (im)penhorabilidade das contas de depósito escrow. **Revista Foco (Interdisciplinary Studies Journal)**, v. 17, n. 4, p. 1-19, 2024. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,shib&db=fap&AN=176970203&authtype=shib&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 02 jul. 2024.

26 BRASIL. **Lei nº 14.711, de 30 de outubro de 2023.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14711.htm. Acesso em: 04 jul. 2024.

27 BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 04 jul. 2024.

De acordo com Fisher e Santos[28], o preço do negócio é depositado em uma conta vinculada, conhecida como *escrow account* (conta garantia), e somente será liberada à parte devida após o tabelião de notas constatar a ocorrência ou frustração das condições que as próprias partes estipularam no instrumento negocial.

O Tabelião, terceiro imparcial, vai captar a manifestação de vontade das partes, redigir o instrumento adequado e, no modelo de *escrow*, o comprador irá entregar o dinheiro ao tabelião de notas, que depositará o valor em uma conta especial, a qual deverá ser aberta mediante convênio entre o Colégio Notarial do Brasil com instituições bancárias, nos termos da lei. Após a verificação da implementação ou não das condições do negócio, o tabelião liberará o valor a quem de direito. Importante mencionar que o valor depositado através da *escrow account* constitui patrimônio segregado e afetado à finalidade do negócio, não podendo ser constrito por outras dívidas, por expressa previsão do art. 7º, A, §1º, da Lei nº 8.935/1994.

A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA DIANTE DE UM CENÁRIO DE MUDANÇAS

Expostos os principais aspectos relacionados às novas tecnologias e à conta *escrow*, passa-se a analisar a relação entre elas e a atividade notarial.

Inicialmente vistos como um ameaça aos cartórios, a *blockchain* e os *smart contracts*, em verdade, podem ser potencializadas com a atividade notarial, e os riscos dos *smart contracts* podem ser diminuídos por meio da relação entre os dois, nas palavras do Tabelião Kassama[29].

Sob o enfoque econômico e de menor intervenção do Estado, muitos autores criticam os cartórios e defendem a substituição pela *blockchain*, mas poucos estudam o custo financeiro que isso geraria. Menezes[30] analisa a hipótese de substituir o cartório de notas por um sistema *blockchain* público, e compara os custos de uma assinatura eletrônica autenticada pela tecnologia. Ocorre que tal diagnóstico ignora a função econômica que a atividade notarial desempenha.

Nos termos de Coase[31], deve-se ter em mente que, no mundo real, os custos de transação não são zero, pelo que as instituições têm um papel fundamental na economia de um país. Assim, vislumbra-se o papel fundamental do Estado no sentido de criar e manter instituições eficazes, que possam reduzir esses custos transacionais. Nesse

---

28 FISCHER, José Flávio Bueno; SANTOS, Carolina Edith Mosmam dos. **As novas atribuições do tabelião de notas. O novo marco das garantias:** aspectos práticos e teóricos da lei 14.711/2023. São Paulo: JusPodivm, 2024.

29 KASSAMA, Alexandre. Palestra proferida no Congresso Anual de Notários e Registradores, em agosto de 2023. Gramado/RS.

30 MENEZES (2020 *apud* GHIROTTO, Aryala Stefani Wommer; QUEIROZ, Renata Capriolli Zocatelli. **Novas tecnologias:** blockchain acabará com os cartórios? Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/6FC81CF73AE8DDB4E050A8C0DD0149E1. Acesso em: 04 jul. 2024).

31 COASE, R. H. ***The firm, the market, and the law***. Chicago: The University of ChicagoPress, 1988. p. 95-155.

sentido, a função notarial, em verdade, reduz os custos de transação e gera eficiência econômica, conforme já demonstrado por Brandelli[32]. De maneira simplificada, nos dizeres de Carnelutti[33], "quanto mais notário, menos juiz".

Isso porque se tem, no notário, um profissional do Direito que, além de assessorar juridicamente as partes, qualifica adequadamente os atos jurídicos que lhe são submetidos, reduzindo a litigiosidade, porquanto gera atos jurídicos hígidos e de acordo com o ordenamento jurídico, culminando em maior segurança jurídica e paz social.

A redução dos custos de transação se dá, nessa perspectiva, pois o notário atribui legalidade no âmbito obrigacional do ato. Por sua atuação imparcial, dispensa-se a atuação de outros profissionais, como instituições financeiras, seguradoras ou advogados, para a perfectibilização do ato jurídico. No mais, com a atuação profilática do notário, reduz-se os custos de eventuais processos judiciais ou arbitrais em razão da redução em geral dos litígios relacionados ao negócio.

Nesse sentido, além da *blockchain* e dos *smart contracts*, percebe-se que as novas atribuições previstas na Lei nº 14.711/2023 – sobretudo no que toca à *escrow account* - guardam especial proximidade com as escrituras públicas, podendo-se afirmar, seguindo as palavras de Kassama[34], que o notariado latino é o ator particularmente vocacionado para sua operacionalização.

Considerando a existência da plataforma do E-notariado, operada pelo Colégio Notarial do Brasil, os notários têm a disponibilidade da tecnologia *blockchain* para a realização de *smart contracts* com a ferramenta *escrow* (depósito em garantia), ficando a certificação do implemento ou frustração das condições contratuais a cargo de um profissional do Direito, imparcial e dotado de fé pública, o que leva ao aumento da certeza e da segurança aos negócios jurídicos.

CONCLUSÃO

Buscou-se, no presente artigo, expor as principais características das chamadas "novas tecnologias", quais sejam, a rede *blockchain* e os *smart contracts*. Nesse âmbito, delinearam-se as suas principais características e as possíveis vantagens econômicas e jurídicas que podem trazer às transações, sobretudo em razão da imutabilidade e confiabilidade dos dados registrados na rede descentralizada da *blockchain* e da autoexecutoriedade dos contratos inteligentes. Também foram levantadas possíveis vulnerabilidades dessas tecnologias, mormente relacionadas à possibilidade do inadimplemento contratual e da presença da revisão contratual e da cláusula *rebus sic*

32 BRANDELLI, Leonardo. A função notarial na atualidade. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo: RT, v. 80, ano 39, p. 55-78, jan./jun., 2016.
33 CARNELUTTI, Francesco. In: **WIKIPÉDIA**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2024. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Francesco_Carnelutti&oldid=67400318. Acesso em: 08 jul. 2024.
34 KASSAMA, Alexandre; DEBS, Martha El; CHEZZI, Bernardo (Orgs.). **"Escrow notarial":** primeiras impressões. São Paulo: Juspodivm, 2024. p. 459-490.

standibus, bem como da impossibilidade de contratos inteligentes captarem a higidez da manifestação de vontade dos indivíduos.

Quanto à relação entre as novas tecnologias e a atividade notarial, apontou-se que ambos, antes de excludentes, em verdade, complementam-se: a multissecular instituição notarial, operacionalizada por profissionais do Direito, dotados de fé pública, encarregados de captar e formalizar a manifestação de vontade das partes, harmoniza-se perfeitamente com os benefícios das novas tecnologias, relacionados à imutabilidade e à confiabilidade dos dados da transação. E, de fato, a plataforma do E-notariado já vem adotando a tecnologia *blockchain* para registrar com completa segurança os dados de registros dos certificados digitais utilizados quando da realização de atos notariais *online*[35].

No mais, apontou-se o surgimento da *escrow* notarial por meio da Lei nº 14.711/2023, que permitirá que o notário receba e consigne valores relacionados aos negócios jurídicos e, após a constatação da ocorrência da condição contratual pré-estabelecida, permite o levantamento de valores com plena segurança jurídica e eficácia por quem de direito, o que também colabora para a redução de assimetrias informacionais e de custos de transação.

Por fim, conclui-se que as novas tecnologias não atuam como substitutos, mas, sim, como complementos às instituições jurídicas tradicionais, sobretudo a instituição notarial. Nesses termos, deve-se buscar a compatibilização de tecnologias como a *blockchain* e os *smart contracts* com a atividade notarial, de modo que haja uma maior redução de custos transacionais e de assimetriais informacionais, aliados à garantia de segurança jurídica, de plena captação de vontade e de maior eficácia dos atos jurídicos que é proporcionada pelos tabeliães de notas.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Dayane. **Perspectivas dos smart contracts sob a ótica da função social dos contratos no direito brasileiro**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/406593/smart-contracts-sob-otica-da-funcao-social-no-direito-brasileiro. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRANDELLI, Leonardo. A função notarial na atualidade. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo: RT, v. 80, ano 39, p. 55-78, jan./jun., 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 04 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.711, de 30 de outubro de 2023**. Dispõe sobre o aprimoramento das regras de garantia, a execução extrajudicial de créditos garantidos por hipoteca, a execução extrajudicial de garantia imobiliária em concurso de credores, o procedimento de busca e apreensão extrajudicial de bens móveis em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária, o resgate antecipado de Letra Financeira, a alíquota de imposto de renda sobre rendimentos no caso de fundos de investimento em participações qualificados que envolvam titulares de cotas com residência ou domicílio no exterior

35 A utilização da *blockchain* pelo E-notariado foi amplamente divulgada pela mídia, conforme reportagem na revista Valor Econômico. Disponível em: https://valor.globo.com/financas/criptomoedas/noticia/2023/08/01/notarios-levam--1-milhao-de-certificados-digitais-para-blockchain-mas-descartam-fim-dos-cartorios.ghtml. Acesso em: 28 jun. 2024.

e o procedimento de emissão de debêntures; altera as Leis nºs 9.514, de 20 de novembro de 1997, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.476, de 28 de agosto de 2017, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 9.492, de 10 de setembro de 1997, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 12.249, de 11 de junho de 2010, 14.113, de 25 de dezembro de 2020, 11.312, de 27 de junho de 2006, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e 14.382, de 27 de junho de 2022, e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969; e revoga dispositivos dos Decretos-Lei nºs 70, de 21 de novembro de 1966, e 73, de 21 de novembro de 1966.Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14711.htm. Acesso em: 04 jul. 2024.

CARNELUTTI, Francesco. In: **WIKIPÉDIA**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2024. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Francesco_Carnelutti&oldid=67400318. Acesso em: 08 jul. 2024.

COASE, R. H. ***The firm, the market, and the law***. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

COSTA, José Augusto Fontoura; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Orgs.) **Complexidade e contratos:** enfoques teóricos e possibilidades metodológicas. Curitiba: IODA, 2023.

DIAS, L. F. M. A (im)penhorabilidade das contas de depósito escrow. **Revista Foco (Interdisciplinary Studies Journal)**, v. 17, n. 4, p. 1-19, 2024. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,shib&db=fap&AN=176970203&authtype=shib&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 02 jul. 2024.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. São Paulo: Juspodivm, 2024.

FISCHER, José Flávio Bueno; SANTOS, Carolina Edith Mosmam dos. **As novas atribuições do tabelião de notas. O novo marco das garantias:** aspectos práticos e teóricos da lei 14.711/2023. São Paulo: JusPodivm, 2024.

GERCIA, José Renato Vilarnovo. Presidente do CNB/RJ e notário titular do 35º Ofício de Notas do Rio de Janeiro (RJ). CNB/RJ lança 1º edição da revista "**O Notário Contemporâneo**" – Colégio Notarial. Disponível em: https://www.notariado.org.br/cnb-rj-lanca-1o-edicao-da-revista-o-notario-contemporaneo/. Acesso em: 20 jun. 2024.

GHIROTTO, Aryala Stefani Wommer; QUEIROZ, Renata Capriolli Zocatelli. **Novas tecnologias:** blockchain acabará com os cartórios? Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/6FC81CF73AE8DDB4E050A8C0DD0149E1. Acesso em: 04 jul. 2024.

HASSAN, Samer; FILIPPI, Primavera de. The expansion of algorithmic governance: from code is law to law is code. **Field Actions Science Reports,** Special Issue 17, 2017. Disponível em: http://journals.openedition.org/factsreports/4518. Acesso em: 04 jul. 2024.

KASSAMA, Alexandre. Congresso Anual de Notários e Registradores. Gramado/RS, 2023.

KASSAMA, Alexandre; DEBS, Martha El; CHEZZI, Bernardo (Orgs.). **"Escrow notarial":** primeiras impressões. São Paulo: Juspodivm, 2024.

KASSAMA, Alexandre Gonçalves. **Frente ao oráculo:** a função notarial e os *smart contracts*. Disponível em: http:// www.notariado.org.br/cnb-rj-lanca-1o-edicao-da-revista-o-notario-contemporaneo/#. Acesso em: 04 jul. 2024.

LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUMINEAU, Fabrice; WANG, Wenqian; SCHILKE, Oliver. *Blockchain governance – a new way of organizing collaborations? **Organization Science**,* v. 32, n. 2, mar./abr. 2021. Disponível em: https://pubsonline.informs.org/doi/10.1287/orsc.2020.1379. Acesso em: 30 jun. 2024.

MENDES, Carlos Leonardo dos S. **Criptoativos, blockchain e smart contracts**. Disponível em: https://pucminas.instructure.com/courses/87574. Acesso em: 06 jul. 2024.

NAKAMOTO, Satoshi. ***Bitcoin:** a peer-to-peer electronic cash system. 2008.* Disponível em: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf. Acesso em: 09 jul. 2024.

PETRELLI, Gaetano. L'indagine della volontà delle parti e la «sostanza» dell'atto pubblico notarile. **Rivista del Notariato,** Milão, ano 60, p. 29-79, 2006. Disponível em: http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000257/2006%20-%20L_indagine%20della%20volonta%20delle%20parti%20e%20la%20sostanza%20dell_atto%20pubblico%20notarile.pdf. Acesso em: 08 jul. 2024.

PORTO, Antônio Maristrello; LIMA JUNIOR, João Manoel de; SILVA, Gabriela Borges. Tecnologia blockchain e direito societário: aplicações práticas e desafios para a regulação. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, v. 56, n. 223, p. 11-30, jul./set. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p11. Acesso em: 04 jul. 2024.

REVISTA Valor Econômico. Disponível em: https://valor.globo.com/financas/criptomoedas/noticia/2023/08/01/notarios-levam-1-milhao-de-certificados-digitais-para-blockchain-mas-descartam-fim-dos-cartorios.ghtml. Acesso em: 28 jun. 2024.

ROCHA, Debora Cristina de Castro da; ROCHA, Edilson Santos da. *Smart contracts* e "the code is law" - a problemática frente à base principiológica contratual contemporânea. **Percurso,** v. 1, n. 32, p. 113–137, 14 set. 2020. Disponível em: http://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/percurso/article/view/23899. Acesso em: 30 jun. 2024.

SOUZA, Thais Diniz Coelho de. Interseção entre direito e tecnologia na perspectiva de modelos de ords baseados em *blockchain* e *smart contracts*. **Revista de Direito e Atualidades**, ed. 04, v. 2, jan./jun. 2022. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/6281. Acesso em: 04 jul. 2024.

SZABO, N. **Formalizing and securing relationships on public networks.** 1997. Disponível em: https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548. Acesso em: 06 jul. 2024.

SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 99, p. 283-302, 2004. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626. Acesso em: 06 jul. 2024.

CAPÍTULO 10

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: UMA ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Data de aceite: 03/09/2024

Geovana Silva Martins

RESUMO: A crescente preocupação com a responsabilidade civil do médico nos dias atuais justifica a relevância deste estudo para médicos, pacientes e profissionais do Direito. Diversos fatores contribuem para essa preocupação, como a deterioração da formação médica, a massificação do atendimento médico e a consequente queda na qualidade da relação médico-paciente, que é a principal causa de litígios contra médicos. Além disso, a crescente conscientização do indivíduo em relação ao exercício da cidadania, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor de 1990, também influencia essa dinâmica. Outros fatores incluem a confusão entre erro médico e mau resultado por parte de pacientes e advogados, bem como a dificuldade da classe médica em perceber as mudanças no exercício da medicina resultantes das transformações na sociedade. Assim, este estudo visa compreender as questões jurídicas que envolvem a responsabilidade civil do médico, bem como a responsabilidade dos hospitais em que atuam. O trabalho oferece uma análise detalhada da responsabilidade civil, com enfoque nos profissionais médicos, contextualizando sua normatização dentro do direito brasileiro. Introduzindo conceitos fundamentais e destacando questões em debate tanto na doutrina quanto nos tribunais, examina os princípios primordiais da responsabilidade civil e médica, especialmente na relação de consumo ou prestação de serviços médicos, conforme o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código Civil. São abordadas diversas modalidades da responsabilidade civil, explorando os deveres e obrigações dos médicos e oferecendo uma análise aprofundada, tanto conceitual quanto jurisprudencial. O foco está na responsabilidade civil médica, com ênfase no erro médico e nas obrigações contratuais e extracontratuais.
A metodologia utilizada neste estudo foi bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade médica, erro médico, obrigações contratuais e extracontratuais.

ABSTRACT: The growing concern about doctors' civil liability nowadays justifies the relevance of this study for doctors, patients and legal professionals. Several factors contribute to this concern, such as the deterioration of medical training, the massification of medical care and the consequent drop in the quality of the doctor-patient relationship, which is the main cause of litigation against doctors. Furthermore, the individual's growing awareness regarding the exercise of citizenship, especially after the promulgation of the 1988 Federal Constitution and the 1990 Consumer Protection Code, also influences this dynamic. Other factors include the confusion between medical error and bad results on the part of patients and lawyers, as well as the difficulty of the medical profession in understanding changes in the practice of medicine resulting from changes in society. Therefore, this study aims to understand the legal issues involving the doctor's civil liability, as well as the responsibility of the hospitals in which they work. The work offers a detailed analysis of civil liability, focusing on medical professionals, contextualizing its regulation within Brazilian law. Introducing fundamental concepts and highlighting issues under debate both in doctrine and in the courts, it examines the main principles of civil and medical liability, especially in the relationship between consumption and the provision of medical services, in accordance with the Consumer Protection Code (CDC) and the Civil Code . Various types of civil liability are addressed, exploring the duties and obligations of doctors and offering an in-depth analysis, both conceptual and jurisprudential. The focus is on medical civil liability, with an emphasis on medical error and contractual and non-contractual obligations.
The methodology used in this study was bibliographic.
KEYWORDS: medical liability, medical error, contractual and non-contractual obligations.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade está presente no cotidiano desde de antes do Direito Romano, em contratos verbais, trazendo o dever do cumprimento da obrigação também as suas consequências jurídicas pela inatividade. Regido pelo o Direito Positivo, associado em regras básicas para convivência social, assim, punindo-os que infringir destas normas, principalmente os que causarem dano a outrem, sendo estes os interessados juridicamente.

A responsabilidade, portanto, está ligada inteiramente ao dever jurídico em função da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*, caracterizado popularmente por obrigação derivada, cujo princípio fundamental da "proibição de ofender" seja o pilar que assegura conceito, no qual defini do certo modo, ninguém deve lesar até limite objetivo da liberdade individual por si tutelados.

Atualmente, a responsabilidade civil, está sendo vista como um grande desafio para os juristas no ordenamento jurídico brasileiro, pelos inúmeros ajuizamentos de ações de indenização, oras pedidos referente ao dano moral, material e/ou estético, sobre que tange a responsabilidade médica exclusivamente. Um ponto a ser observado em relação ao procedimento estético, as cirurgias plásticas, fator que contribuiu para disparada de processos em trâmite.

Pois bem, este artigo, abordará uma análise realizada com base em de pesquisa jurisprudencial, consulta a livros de doutrina, análise de artigos científicos e interpretação das leis aplicáveis, a fim de obter uma compreensão ampla e adequada do tema proposto. O tema atinge diretamente os profissionais médicos e o paciente.

O capítulo I, primeiramente abordo a definição da Responsabilidade Civil em termos gerais, depois as modalidades decorrentes como subjetiva ou objetiva, direta ou indireta, contratual ou extracontratual.

No capítulo II, falarão sobre a responsabilidade médica, sendo este o objetivo do presente artigo, discorrendo da responsabilidade subjetiva, os deveres e obrigação por resultado e por meio, juntamente com os danos decorrente dessa atividade profissional e para finalizar o erro médico.

Em capítulo III, continuará o assunto do capítulo anterior, nesse caso a ênfase será na responsabilidade da entidade hospitalar, definido brevemente.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CÓDIGO CIVIL

Conceito e prazo prescricional

Conceito

A responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação de reparar o dano causado ao outrem por meio ilícito, conforme se depreende do disposto no artigo 186 do Código Civil de 2002.

A responsabilidade civil é ramo do direito que vem ganhando força atualmente, pelo simples fato, de englobar os todos tipos de comportamentos inadequados e danosos dos seres humanos, no qual resultam uma obrigação ou dever de indenizar. Sendo em alguns casos impedidos de prosseguirem por razão da excludentes existente na normativa brasileira.

A professora Maria Helena Diniz (2023, p. 20), conceitua na seguinte forma:

> A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A responsabilidade civil pode ser aplicada contra qualquer pessoa física ou jurídica com o instituto de restaurar o equilíbrio patrimonial causado por negligência, imprudência, dolo e/ou imperícia, conforme dispõe o artigo 186 do Código supramencionado. Traz em seu bojo o princípio jurídico da igualdade e da proteção dos direitos individuais e coletivo da sociedade.

O Código Civil de 2002, expõe várias situações de responsabilidade civil em que permite o ressarcimento desses danos e abre um amplo campo de motivações para dos doutrinadores discutirem juntamente com surgimento de jurisprudências sobre o assunto.

Prazo prescricional

O prazo prescricional está direcionado para perda da exigibilidade da pretensão, o direito de obrigação. Sendo uma forma de acelera o procedimento do processo.

O Art. 206, parágrafo 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, traz na sua redenção o prazo prescricional de 03 (três) anos para pretensão objeto de reparação civil. E, contrariando este prazo, o Art. 205 da mesma norma, descreve o tempo de 10 (dez) anos quando a lei for omissa a fixação. Ambas poderão ser aplicadas na responsabilidade civil e/ou aquiliana, ficando a critério do operador visto que o legislador não realizou a devida destinação.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece no seu Art. 27, *caput*, o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o ajuizamento da ação, iniciando a contagem a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Responsabilidade civil objetiva e subjetiva

A responsabilidade civil em conceito amplo refere a ideia de culpa, podendo ser em sentido estrito e o doloso. Observando, a conduta do agente que realizou o ato ilícito ou dano, ou seja, se houve a intenção de provocar o prejuízo ou simples deslize de inobservância de um deve de cautela, assim, a culpa é elemento essencial que auxilia na definição e análise de quem tem o dever de repara o dano.

No sistema normativo jurídico brasileiro a responsabilidade civil possui uma divisão em duas modalidades: a objetiva e subjetiva.

A responsabilidade civil objetiva é o resultado do pensamento jurídico em evolução juntamente com o desenvolvimento da sociedade onde são massificados pelo mercado de consumo em novas relações jurídicas.

A dispensa da prova de culpa é um fundamento palpável e concreto nesses casos de ausência de comprovação da conduta do agente, em contrapartida é necessário demonstrar o dano e o nexo causal do fato, visto que são elementos fundamentais na responsabilidade objetiva.

Essa modalidade de responsabilidade é conhecida como teoria do risco, onde o fundamento reside no risco inerente à atividade exercida pelo agente.

A responsabilidade civil objetiva é aquela em que não se exige a comprovação de culpa do agente causador do dano. Ao contrário da responsabilidade subjetiva, em que é necessário demonstrar que o agente agiu com dolo ou culpa para que haja obrigação de reparar o prejuízo, na responsabilidade objetiva basta a comprovação do dano e do nexo causal entre a conduta do agente e o resultado danoso para que ele seja responsabilizado. Essa modalidade de responsabilidade é baseada no princípio do risco, onde quem exerce uma atividade potencialmente perigosa assume o ônus de eventuais danos dela decorrentes, independentemente de ter agido com culpa. Um exemplo comum de responsabilidade

civil objetiva é a responsabilidade do proprietário de um estabelecimento comercial por danos causados aos clientes decorrentes de acidentes no local, como quedas ou outros incidentes.

A responsabilidade civil subjetiva, adotada pelo sistema jurídico brasileiro, é estabelecida devido ao artigo introdutório sobre o assunto, que consolida essa ideia (art. 186, CC/02: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."), e pelo princípio de que cada indivíduo é responsável por sua própria culpa – *unuscuique sua culpa nocet*. Caracteriza-se pela necessidade de comprovação de três elementos essenciais para a reparação do dano causado: o ato ilícito, o dano e o nexo causal.

Nesse caso, a vítima precisa comprovar que o agente causador agiu por culpa ou dolo, sendo questionável se houve a negligência ou imprudência, imperícia ou intenção de prejudicar no fato. Seguindo nesse sentido Luciana Tramontin Bonho e Francisco Toniolo Carvalho:

> As modalidades de culpa, destacamos que a imprudência ocorre por precipitação, consistindo em praticar uma ação sem as necessárias precauções. Ou seja, o agente age com precipitação, inconsideração, ou inconstância no cumprimento de determinado ato, causando danos. A negligência se dá quando o agente não toma os devidos cuidados, não acompanha a realização do ato com a devida atenção e diligência, não agindo com zelo. O agente, por sua omissão voluntária de cuidado, acarreta a falta ou demora no prevenir ou obstar um dano. A imperícia, por sua vez, ocorre quando o agente acredita estar apto e possuir conhecimentos suficientes para a prática de um ato; entretanto, não está de fato preparado por falta de conhecimento, aptidão, capacidade ou competência. Ela ocorre pela falta de especial habilidade, experiência ou previsão no exercício de determinada função, profissão, arte ou ofício. (BONHO, 2013, p. 30)

No ordenamento jurídico brasileiro, existem situações em que um terceiro pode ser responsabilizado pela ação do causador, desde que haja uma relação de responsabilidade entre eles. Isso inclui casos em que pais, tutores, curadores, empregados, empregadores e proprietários de hotéis podem ser responsabilizados, conforme estabelecido pelo artigo 932 do Código Civil de 2002, independentemente de culpa. Este dispositivo legal prevê a responsabilidade objetiva desses terceiros em certas circunstâncias específicas, reconhecendo que sua posição de autoridade ou controle sobre determinada situação os torna responsáveis pelos atos praticados por aqueles sob sua supervisão ou em suas dependências.

Responsabilidade contratual e extracontratual (aquiliana)

Há uma discussão na doutrina brasileira sobre esta modalidade, com a justificativa de que ela viola um dever jurídico em sentido amplo, tornando o agente obrigado a reparar o dano causado, com efeitos semelhantes aos da responsabilidade subjetiva (exigindo a comprovação da culpa ou negligência do agente).

No entanto, essa questão considera se a origem do dever decorreu da vontade das partes ou da legislação, observando se está relacionada ao inadimplemento. Nessa modalidade, refere-se tanto à responsabilidade contratual quanto à extracontratual (aquiliana).

A responsabilidade contratual ocorre quando há um contrato vinculativo, um acordo formal entre as partes no qual o cumprimento está associado a uma obrigação específica. Por exemplo, ao agendar uma cirurgia estética com um médico específico no hospital mais renomado da capital, espera-se que o cirurgião esteja presente no momento agendado. No entanto, o descumprimento ocorrerá caso o cirurgião não esteja disponível no horário marcado.

De acordo com o Toniello (2016, p. 382):

> Na responsabilidade civil contratual o ônus da prova incumbe ao devedor. De fato, cabe ao credor apenas demonstrar que a obrigação assumida foi descumprida. O devedor somente se exime do dever de indenizar se comprovar a existência de uma das causas excludentes da ilicitude. Observe que, em se tratando de responsabilidade contratual, compete ao devedor provar o cumprimento da obrigação ou a impossibilidade de fazê-lo, porque presentes alguma das excludentes.

Por sua vez, a responsabilidade extracontratual, também conhecida como aquiliana, ocorre quando o dever de indenizar surge de uma obrigação imposta pela lei. O ônus da prova recai sobre a vítima, ou seja, ela deve comprovar a existência dos pressupostos da responsabilidade subjetiva. Esta se configura quando alguém viola uma norma legal, caracterizando-se como um ato ilícito, passível de ser responsabilizado pela conduta de terceiros.

A distinção entre ambos reside no ônus da prova: na responsabilidade contratual, este recai sobre o devedor, enquanto na responsabilidade aquiliana é da vítima. Além disso, outro ponto de diferenciação está relacionado à idade do agente: na responsabilidade contratual, a capacidade é reconhecida apenas a partir dos 18 (dezoito) anos, enquanto na responsabilidade extracontratual não há restrição de faixa etária.

A responsabilidade contratual é regulamentada nos artigos 389 e seguintes, assim como nos artigos 395 e seguintes do Código Civil de 2002. Por outro lado, os artigos que tratam da responsabilidade extracontratual estão dispostos nos artigos 186 ao 188 e 927 ao 954, também do mesmo Código Civil.

Responsabilidade direta e indireta

Esta modalidade por sua vez, implica na ação do indivíduo, mais exatamente na sua conduta, podendo ser direta ou indireta dependendo da situação que houve o fato danoso refletindo a quem deve a obrigação de indenizar.

A ação de responsabilidade direta ocorre quando a pessoa imputada, por meio de suas próprias ações, causa prejuízos a outrem, caracterizando-se por uma conduta atípica. Nesse caso, a ação do agente tem um efeito imediato para que seja realizado o reparo do dano causado à vítima.

Ao contrário da responsabilidade direta, a responsabilidade indireta ocorre quando um terceiro responde pela conduta ilícita realizada por outro, devido a um vínculo legal de responsabilidade, como, por exemplo, um pai em relação às ações de seu filho menor de idade ou um tutor em relação a um animal sob sua guarda. Mesmo não estando diretamente envolvido no ato, esse terceiro é responsabilizado imediatamente, com o objetivo de garantir o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima.

Uma observação interessante é que a responsabilidade civil direta é a única modalidade que implica uma ação do agente no Direito Penal, em que apenas o dolo ou a culpa são aceitáveis, sendo um princípio intransigível em que terceiros não podem responder por condutas realizadas por outros.

Pressupostos da responsabilidade civil

Os pressupostos da responsabilidade civil referem-se à maneira pela qual uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano causado a outrem. É de extrema importância analisar esses pressupostos para compreender o grau de complexidade dos fatos de acordo com o sistema normativo legal. Maria Helena Diniz (2023, p. 53) considera os pressupostos mais fundamentais para a constituição da responsabilidade como sendo: ação, dano e nexo de causalidade.

Ação

Em responsabilidade civil, o termo "ação" se refere ao comportamento ou conduta que viola um direito ou causa prejuízo a outra pessoa. Essa ação pode ser um ato ilícito, que é realizado em desacordo com a ordem jurídica, resultando em danos para terceiros. A ideia central é que, quando alguém comete uma ação que cause dano a outra pessoa, surge a obrigação de reparar esse dano, conforme estabelecido pela norma jurídica. Portanto, a ação é um dos elementos fundamentais para a configuração da responsabilidade civil, juntamente com o dano e o nexo de causalidade.

A definição de Flávio Tartuce (2013, p. 310) sobre a ação é a seguinte:

> O ato ilícito é aquele praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante de sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de o ato ilícito ser considerado fonte do direito obrigacional.

Este elemento é fundamental na responsabilidade, pois trata da voluntariedade da conduta humana, tanto positiva (o agir propriamente dito) quanto negativa (a omissão). As consequências de tais ações resultam em obrigações, sendo assim, representa uma liberdade na escolha pessoal. Para que esse elemento seja reconhecido, deve-se averiguar se houve negligência ou imprudência, pois ninguém responde por sua ausência.

Este elemento abrange também os atos cometidos por omissão, conforme estabelece o artigo 186 do Código Civil de 2002. As omissões são uma preocupação do direito contemporâneo. Portanto, a ação deve ser praticada tanto conforme o direito quanto além dele.

As omissões exigem uma análise mais detalhada, pois uma omissão por si só não causa danos, logo, não produz resultado. Entretanto, para ter relevância jurídica, devem ser observados os seguintes pontos: a legislação aplicável, o contrato jurídico e a conduta anterior do próprio agente, que cria o risco da ocorrência do resultado, em outras palavras, o dever legal de agir.

Detalhando a redação do artigo 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Primeiramente, a redação menciona o tipo de reparação que será concedida pelo dano moral, evidenciando que não há outra possibilidade além do que está expresso pela palavra “exclusivamente”. Outro ponto fundamental é a necessidade de dois requisitos para que seja configurado o dever de reparação: a violação do direito e a consequência dessa violação causar prejuízo a outrem.

É importante ressaltar que, em alguns casos, a culpa deve ser comprovada e analisada com cuidado, sendo a ação o elemento que configura essa etapa.

Portanto, as ações humanas estão interligadas em diversas fontes principais, incluindo a lei, o negócio jurídico e a conduta anterior do próprio agente, que cria o risco da ocorrência do resultado. Se essas regras de responsabilização não forem observadas, há o risco de considerar qualquer omissão como um fato juridicamente relevante para a responsabilidade civil.

Dano

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 77), o dano é a “subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, imagem, liberdade, etc.”

O dano é um ponto fundamental na responsabilidade civil, pois deve ser comprovado em ambas as responsabilidades, tanto na objetiva quanto na subjetiva. Sem ele, não há como medir o resultado, mais especificamente o dano causado à vítima.

Presente no artigo 186 do Código Civil de 2002, traz o seguinte trecho "[...] causar dano a outrem [...]", o qual determina que a parte responsável deve ressarcir o dano sofrido pela vítima, com o objetivo de restaurar a situação anterior ao ato ilícito ocorrido, ou seja, a indenização visa compensar a subtração ou diminuição do bem jurídico afetado.

Vitor Bonini Toniello (2016, p. 390) expressa o seguinte sobre o dano e a responsabilidade civil:

> Não há responsabilidade civil sem dano, pois este representa a medida da responsabilidade civil. Conceder uma indenização na ausência de dano configura a imposição de uma pena para o agente e um enriquecimento ilícito para a vítima. Ambos não são tolerados pelo ordenamento jurídico.

De acordo com a doutrina, estabelecida por Gagliano e Pamplona Filho (2023, p. 32), existem alguns requisitos para que um dano seja considerado indenizável:

1. **Efetiva violação de um interesse jurídico**: O dano deve representar a violação de um interesse jurídico, que pode ser de natureza patrimonial (relacionado a bens materiais) ou extrapatrimonial (relacionado a aspectos não materiais, como a honra, imagem, dignidade etc.), tanto de pessoas físicas quanto jurídicas.
2. **Certificação do dano**: É necessário que o dano seja comprovado de forma efetiva, ou seja, deve haver evidências claras da sua ocorrência e extensão.
3. **Subsistência do dano**: O dano deve permanecer existente e não ser meramente conjectural ou hipotético. Deve ser algo concreto e atual, não apenas uma possibilidade futura.

Esses requisitos são importantes para estabelecer a base para a responsabilidade civil e determinar se uma pessoa ou entidade é obrigada a indenizar outra parte pelos danos causados.

Nexo de causalidade

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, "o conceito de nexo causal não é exclusivamente jurídico, decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado."

O direito de indenizar na responsabilidade civil tem relação entre a conduta do agente (ação ou omissão) e o dano causado, resultando na obrigação de reparação.

O Código Civil de 2002 adotou a teoria do dano direto e imediato, desenvolvida pelo professor Agostinho Alvim em sua obra "Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências", um clássico brasileiro. Essa teoria estabelece que o agente pode responder somente pelos danos causados diretamente e imediatamente à vítima. O artigo 403 do Código civil de 2002 reflete essa ideia de proximidade entre a conduta e o dano,

determinando que a responsabilidade é determinada pelo evento dos fatos, ao invés de uma narrativa cronológica.

O artigo 403 do Código Civil de 2002 estabelece que, mesmo nos casos em que a inexecução decorra de dolo por parte do devedor, os danos indenizáveis são limitados aos prejuízos efetivos e aos lucros cessantes causados por efeito direto e imediato dessa inexecução, sem prejuízo do que estiver disposto na legislação processual.

É importante ressaltar que o nexo causal deve ser comprovado de forma clara e certa, ou seja, deve existir uma relação evidente entre a conduta ilícita descrita nos fatos e o evento do dano. Portanto, o nexo de causalidade não deve ser obscuro ou gerar dúvidas. A clareza e a certeza são fundamentais para estabelecer a responsabilidade civil e determinar a obrigação de indenizar.

Excludente de ilicitude

Estado de necessidade

O estado de necessidade no âmbito civil está previsto no artigo 188, inciso II do Código Civil de 2002, em que não constituem atos ilícitos de deterioração ou destruição da coisa alheia ou lesão a pessoa a fim de remover perigo iminente, assim afastaria o dever de indenizar.

Sendo previsto em outros dois artigos do mesmo código, arts. 929 (tem o direito de indenizar a pessoa lesada, salvo se está não deu causa ao perigo) e 930 (em casos houve envolvimento de terceiros, por exemplo atropelar um pedestre quando está desviando de carro na sua direção).

Legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito

O estrito cumprimento do dever legal não consta expressamente no Código Civil Brasileiro de 2002, a doutrinada entende que seja uma excludente da responsabilidade civil.

Já legítima defesa e o exercício regular do direito está presente na norma legal no Art. 188, inciso I do CC/02.

A legítima defesa segue a mesma ideologia do estado de necessidade, trópico anterior, tem o direito de indenizar vai depende da circunstância, aplicando também os artigos 929 e 930 do Código Civil em questão.

O estrito cumprimento do dever legal assegurado que acusador não pague a indenização diretamente a vítima, sendo o Estado que lhe pague e terá o direito de regressão, tendo em vista a responsabilidade objetiva, Art. 37, § 6° da Constituição Federal.

Por fim, exercício regular do direito assegura aquele que exerce regulamente a profissão sem causar danos a outrem, excluindo o nexo causal.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Responsabilidade subjetiva do médico

A responsabilidade civil do médico tem sido objeto de crescente discussão entre doutrinadores e nos tribunais brasileiros, dada sua classificação como profissional liberal. Nesse contexto, a responsabilidade civil exige a verificação da culpa, conforme estipulado no artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o que confere à responsabilidade do médico um caráter subjetivo.

No desenvolvimento do direito brasileiro, o Código Civil de 1916 estabeleceu a concepção da responsabilidade civil subjetiva da atividade médica de forma ampla, conforme disposto no artigo 1.545:

> Art. 1.545: Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação para o trabalho ou ferimento."

Já a redação do Código Civil atual, em seu artigo 951, mantém o mesmo princípio, determinando que as disposições dos artigos 948, 949 e 950 se aplicam também no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho.

É relevante notar que os artigos mencionados se referem às indenizações devidas decorrentes de casos de homicídio, lesão ou ofensa à saúde e impedimento do exercício da profissão.

Segundo o Zelmo Denari (2001, p. 192), discorre sobre as disposições do estatuto consumerista:

> Os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

Em outras palavras, a responsabilidade civil do médico decorre do cumprimento da obrigação resultante da prestação de serviços oferecidos ou contratados. Quando essa obrigação é descumprida, o médico pode responder civil e penalmente por sua conduta negligente.

Para concluir a questão da responsabilidade civil do médico, a jurisprudência tem sido unânime em considerá-la como subjetiva, conforme demonstrado no seguinte julgado:

APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA DE LIPOASPIRAÇÃO E ABDOMINOPLASTIA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – INCONFORMISMO – ACOLHIMENTO PARCIAL - Cirurgia plástica estética – Obrigação de resultado – Responsabilidade subjetiva – Ônus do médico de provar a ocorrência de excludente de responsabilidade – Prova pericial no sentido de não se poder discorrer sobre eventual falha médica com base nos documentos disponíveis nos autos – Laudo pericial que revela a ausência de indicação da quantidade de lidocaína e adrenalina efetivamente aplicada na paciente – Informação importante para a averiguação da boa condução do procedimento - Caso em que a médica que atendeu a autora para o tratamento das complicações pós- operatórias atestou a overdose de medicação vasopressora - Boa conduta médica não demonstrada – Indevida a tentativa de imputar a responsabilidade ao anestesista quando o perito judicial afirma que a medicação prescrita pelo profissional foi pequena e não suficiente para provocar vasoconstrição – Erro médico configurado - Danos estéticos, morais e materiais comprovados - Sofrimento inquestionável decorrente do resultado mal sucedido de cirurgia plástica embelezadora, com deformidades estéticas bem piores daquelas que levaram à procura dos serviços do réu – Danos estéticos de grau sete – Sentença reformada – DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.[1]

O julgado trata de uma apelação em um caso de responsabilidade civil por erro médico em uma cirurgia plástica de lipoaspiração e abdominoplastia. O tribunal decidiu parcialmente favorável ao autor (ou autora), reconhecendo a obrigação de resultado e a responsabilidade subjetiva do médico. Destacou-se a importância do ônus do médico de provar a inexistência de falhas, bem como a relevância do laudo pericial que evidenciou a ausência de informações cruciais sobre a quantidade de medicamentos aplicados na paciente. O erro médico foi configurado diante da não demonstração de boa conduta médica, resultando em danos estéticos, morais e materiais comprovados. Assim, a sentença inicial foi reformada, concedendo parcial provimento ao recurso do autor.

Responsabilidade do médico diante da culpa ou dolo

A responsabilidade do médico diante da culpa ou do dolo tem sido objeto de conflito entre os doutrinadores. Ela é geralmente fundamentada na teoria da culpa, na qual o médico é responsável por sua conduta ilícita.

A responsabilidade civil médica é baseada em três requisitos: a conduta culposa do agente, a existência de um dano e a relação de causalidade entre essa conduta e o dano. Em alguns casos, no entanto, é possível que a culpa resulte em dolo, como no caso do erro médico. A culpa refere-se à negligência, imprudência ou imperícia na conduta do médico, enquanto o dolo é a intenção consciente de causar dano ao paciente, assumindo-se o risco do dano causado. O ordenamento jurídico denomina isso como culpa stricto sensu.

1 TJSP, Apelação nº 0040686-38.2012.8.26.0576, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Rodolfo Pellizzari, julgado em 19.08.2021.

No sistema jurídico brasileiro, é possível que o dolo seja resultado da culpa, como ocorre nos casos de erro médico. Esta culpa, em sentido amplo, abrange a negligência, imprudência ou imperícia, configurando-se como culpa stricto sensu. Por outro lado, o dolo ocorre quando há uma violação intencional e consciente do dever jurídico do médico, visando alcançar seu objetivo ilegal de causar dano ao paciente. Nesses casos, tanto a ética médica quanto a ordem jurídica reprovam esse comportamento.

Os danos sofridos pelos pacientes são avaliados para determinar a indenização ou ressarcimento devido.

Obrigação por meio ou por resultado da responsabilidade do médico

A responsabilidade civil do médico se divide em duas modalidades distintas, porém é possível que uma resulte na outra, sendo elas a obrigação de meio e a obrigação de resultado. A doutrina e a legislação brasileira denominam essas modalidades de acordo com a finalidade da prestação do serviço.

Na maioria das situações atualmente, predomina a obrigação de meio, na qual o médico tem o dever de prestar os devidos cuidados e tratamentos conforme as normas e diretrizes estabelecidas pelo CFM (Conselho Federal de Medicina). Sua responsabilidade é definida pela conduta e pelos meios utilizados para obter resultados dentro das circunstâncias. Portanto, o compromisso é empregar conhecimentos e habilidades de acordo com os padrões técnicos e éticos estabelecidos pela profissão. No entanto, alcançar um sucesso absoluto ou o resultado desejado sem dúvida é impossível, pois a garantia de um resultado perfeito está além da influência de fatores externos e incertos. Não se trata de uma ciência exata, mas sim de uma ciência humana em prática.

Como menciona Genival França (, 2020, p. 361):

> [...] existe o compromisso da utilização de todos os recursos disponíveis para se ter um resultado, sem, no entanto, a obrigação de alcançar esse êxito tão legítimo. Busca-se, é claro, um resultado, mas em não se o cumprindo – e inexistindo a culpa do devedor, não há o que cobrar.

A obrigação de resultado, diferente da obrigação anterior - de meio, vai além do simples acompanhamento médico, dos cuidados ou tratamentos. Ela diz respeito à expectativa do paciente, como é o caso dos cirurgiões plásticos.

Nesse tipo de atuação, espera-se mais do que uma cirurgia reparadora no corpo do paciente. O objetivo é alcançar a satisfação no plano da realidade, ou seja, obter resultados concretos e satisfatórios para o paciente. Sílvio de Salvo Venosa aborda esse ponto da seguinte maneira:

> Dizem a doutrina e a jurisprudência que a cirurgia plástica constitui obrigação de resulto. Deve o profissional, em princípio, garantir o resultado almejado. 'Há, indiscutivelmente, na cirurgia estética, tendência generalizada a se presumir a culpa pela não obtenção do resultado. Isso diferencia a cirurgia estética da cirurgia geral' (Kfouri Neto, 1998: 165). Não resta dúvida de que a cirurgia estética ou meramente embelezadora trará em seu nojo uma relação contratual. Como nesse caso, na maioria das vezes, o paciente não sofre de molesta nenhuma e a finalidade procurado é obter unicamente um resultado estético favorável, entendemos que se trata de obrigação de resultado. Nessa premissa, se não fosse assegurado um resultado favorável pelo cirurgião, certamente não haveria consentimento do paciente.

É possível que a obrigação de meio se converta em obrigação de resultado, implicando diretamente no dever pactuado entre o paciente, os serviços médicos e o resultado almejado. Essa transformação ocorre literalmente, conforme estabelecido no acordo entre as partes.

A relação entre médico e paciente, conforme França (2020, p. 345), geralmente é estabelecida por meio de um acordo firmado entre as partes para a prestação de serviços, embora nem sempre seja formalizado por escrito. Esse contrato é baseado na confiança do médico, mas os direitos e deveres devem ser respeitados.

No entanto, esses contratos não garantem concretamente a obtenção do resultado desejado, pois inúmeros fatores podem interferir, dada a complexidade da medicina. O médico deve exercer sua profissão de acordo com as diretrizes estabelecidas, com cuidado, cautela e aplicando seus conhecimentos e habilidades para alcançar o melhor resultado possível.

Por sua vez, o paciente também tem deveres a cumprir, como fornecer informações necessárias e precisas para que o médico possa avaliar melhor e orientar com medicamentos ou procedimentos.

No descumprimento dos contratos, tanto o médico quanto o paciente têm o pleno direito de encerrá-los a qualquer momento, visando proteger seus respectivos direitos. Portanto, a relação entre as partes vai além do simples contrato firmado; trata-se da confiança mútua, dos cuidados prestados e do bem-estar do paciente, que constituem o pilar da obrigação da responsabilidade civil médica.

O erro médico

Na prática de qualquer profissão, incluindo a medicina, podem ocorrer falhas ou erros em sua execução. A medicina não é uma exceção a essa regra, principalmente devido à sua natureza complexa e às inúmeras possibilidades de abordagem por parte dos profissionais, cada um com sua própria visão e metodologia.

O erro médico consiste em um resultado não desejado ou em um equívoco cometido pelo profissional durante o exercício de sua profissão, o que pode resultar em prejuízo para o paciente. O médico pode agir com negligência, imperícia ou imprudência diante do paciente, que inicialmente confia em seu cuidado.

Nos casos em que o profissional atua com total diligência e competência, mas o resultado ainda é insatisfatório, não se configura erro médico. Em tais situações, é necessário realizar uma análise ou perícia para determinar os fatos.

Segundo Irany Novah Moraes (2003, p. 40), o erro pode ser definido da seguinte forma:

> O erro médico é caracterizado como um desvio de comportamento por parte do médico durante a execução de seu trabalho profissional. Esse desvio ocorre quando o trabalho não é realizado conforme os padrões estabelecidos pela comunidade médica, resultando em danos ao paciente.

Para entender melhor o erro médico, Genival França (2020, p. 289) sugere fazer uma distinção entre acidente imprevisível e resultado incontrolável. Um acidente imprevisível ocorre durante um procedimento médico devido a eventos fortuitos ou fora do controle do profissional, sendo impossível de ser evitado. Já um resultado incontrolável ocorre quando o médico espera obter um resultado favorável em uma situação grave, mas as condições não garantem esse resultado. Nesse caso, o profissional assume a responsabilidade de utilizar os meios mais apropriados para cumprir sua diligência, aplicando seus conhecimentos e habilidades ao caso.

O erro médico é um assunto que requer análise cuidadosa, pois dependendo do resultado, pode acarretar sanções na esfera criminal, obrigatoriedade de indenizar o paciente perante o Poder Judiciário e até mesmo a perda do direito de exercer a profissão perante o Conselho de Medicina.

Danos da responsabilidade civil caracterizado ao médico

Os danos da responsabilidade civil caracterizados ao médico podem variar em natureza e gravidade, mas geralmente se enquadram em diferentes categorias, incluindo:

1. Dano Físico: Este tipo de dano ocorre quando o paciente sofre lesões físicas como resultado de negligência, imperícia ou imprudência do médico. Por exemplo, uma cirurgia mal realizada que resulta em danos aos órgãos internos do paciente.

2. Dano Moral: Refere-se ao sofrimento psicológico ou emocional causado ao paciente devido a uma conduta inadequada por parte do médico. Isso pode incluir humilhação, angústia mental, trauma emocional, entre outros.

3. Dano Estético: Envolve danos à aparência física do paciente, como cicatrizes permanentes, deformidades ou outras alterações indesejadas na aparência corporal resultantes de procedimentos médicos.

4. Dano Financeiro: Também conhecido como dano material, envolve prejuízos econômicos sofridos pelo paciente, como despesas médicas adicionais para corrigir o erro do médico, perda de salário devido a incapacidade de trabalhar, entre outros custos financeiros.

Esses são apenas alguns exemplos de danos que podem surgir de uma conduta negligente ou inadequada por parte de um médico. Em casos de responsabilidade civil, é fundamental determinar o tipo e a extensão do dano para que a compensação adequada possa ser buscada.

Dano material

O dano material é uma compensação financeira destinada a cobrir os custos materiais associados aos prejuízos sofridos pelo paciente, como gastos com tratamentos médicos para recuperar um membro lesionado. Em termos simples, trata-se dos danos que afetam os bens tangíveis da vítima e podem ser avaliados monetariamente para efeitos de indenização, conforme previsto no art. 944 do Código Civil (BRASIL, 2002).

É importante mencionar dois conceitos relacionados: danos emergentes e lucros cessantes. Os danos emergentes correspondem ao valor destinado a compensar as perdas econômicas reais resultantes do dano, enquanto os lucros cessantes referem-se aos ganhos que a vítima deixou de receber devido ao dano, incluindo os lucros perdidos no momento do ocorrido.

Dano moral

O dano moral, conforme Gonçalves (2022, p. 423), "atinge o ofendido em sua pessoa, sem lesar seu patrimônio". Orlando Gomes (1994, p. 357), por sua vez, sugere que a expressão "dano moral" seja utilizada exclusivamente para referir-se a agravo que não resulta em prejuízo patrimonial.

Esse tipo de dano está intimamente relacionado aos direitos de personalidade, como nome, honra, imagem e dignidade. Portanto, se qualquer um desses direitos for violado, a vítima pode buscar reparação. A compensação por dano moral tem um caráter reparatório e pedagógico para o paciente.

Dano estético

O dano estético, de acordo com Lopez (2021, p. 57), é "qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um afeamento e lhe causa constrangimentos e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral".

A indenização por dano estético pode ser concedida de forma temporária ou vitalícia, dependendo da gravidade e permanência do dano. Em casos de danos permanentes e significativos, como os resultantes de cirurgias plásticas malsucedidas, a compensação pode ser vitalícia, pois o dano estético afeta permanentemente a qualidade de vida e a autoestima da vítima. A determinação do período de indenização é baseada na avaliação da extensão do dano e no impacto que ele causa na vida da pessoa afetada.

Os deveres da conduta de médico

Os deveres da conduta de um médico são essenciais para assegurar a segurança, o bem-estar e a saúde dos pacientes. Esses deveres refletem os princípios éticos e profissionais que regem a prática médica e são fundamentais para estabelecer e manter a confiança e a integridade no relacionamento entre médico e paciente.

Dever de informação

O médico e o paciente devem compartilhar informações entre si, para que o profissional compreenda a situação em que se encontra o paciente, e assim possa informar acerca do procedimento, técnicas, riscos e consequências que podem ocorrer, mesmo que o paciente seja incapaz ou menor de idade.

O princípio da autonomia nesta questão é fundamental para ambos os lados, visto que o consentimento do paciente ou responsável garante o reconhecimento do direito do indivíduo de tomar decisões sobre a própria saúde.

O consentimento deve ser obtido de forma livre de coação, mesmo nos casos em que o responsável decide, respeitando as proporções entre ética e a lei. No entanto, isso não anula a capacidade do médico de analisar a situação e agir de forma imperativa para aplicar o tratamento adequado quando o paciente se encontra em perigo de vida.

O médico deve passar informações essenciais para a aquisição de conhecimentos entre os parceiros profissionais, desde que não haja omissão por parte do paciente ou responsável.

O médico tem o dever de informação, o que implica em esclarecer o paciente sobre sua condição médica, as prescrições a seguir, os possíveis riscos associados ao tratamento e os cuidados necessários durante o processo de recuperação. Além disso, é fundamental aconselhar tanto o paciente quanto seus familiares sobre as precauções essenciais exigidas pelo estado de saúde do paciente. Ao contrário do que ocorria anteriormente, a tendência atual, seguindo a abordagem da escola americana, é manter o paciente plenamente informado sobre a realidade de sua condição médica.[2]

Dever de atualização

O exercício da profissão vai além das consultas e cirurgias cotidianas; o médico não se limita à habilitação autorizada pelo Conselho, envolvendo a busca constante por novas habilidades para o aprimoramento e atualização. É possível adquiri-las de diversas formas, desde um simples curso de um dia até um curso extensivo com estágio obrigatório.

---

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade médica,** COAD, v. 2, p. 7.

Dever de vigilância e de cuidados

O exercício da medicina demanda uma conduta livre de omissões, inércia, passividade ou descaso. A omissão pode se manifestar através do abandono do paciente, da restrição do tratamento ou do atraso no encaminhamento necessário (Veloso, 2020, p. 289).

Uma forma comum de negligência é o abandono do paciente, onde a obrigação de continuidade do tratamento é absoluta, exceto em situações especiais. Considera-se negligência vicariante quando tarefas exclusivas de um médico são delegadas a outro e o resultado desejado não é alcançado. É importante ressaltar que o médico substituto não pode ser considerado um representante do outro, sendo ambos responsáveis por suas próprias ações (França, 2020, p. 289). Portanto, é fundamental que a substituição seja realizada por um profissional qualificado, respeitando o princípio da confiança.

Além disso, os centros de complementação diagnóstica têm a obrigação de fornecer os resultados dos exames subsidiários de forma eficiente, uma vez que estes são direcionados para orientar os tratamentos. A falha nesse processo pode resultar em falta de vigilância e, consequentemente, em complicações nos diagnósticos.

Dever da abstenção do abuso

O médico é obrigado a aderir estritamente às diretrizes éticas do Conselho, evitando qualquer forma de abuso ou excesso em suas práticas. Isso implica em não utilizar técnicas ou procedimentos desnecessários, não violar os direitos do paciente, não realizar tratamentos ou intervenções invasivas sem justificativa adequada, não fazer uso impróprio de informações confidenciais do paciente e não explorar a confiança ou vulnerabilidade do paciente para benefício próprio (França, 2020, p. 290).

A obrigação de evitar o abuso se estende ao uso apropriado dos recursos médicos em sua totalidade, e também inclui a não discriminação do paciente com base em raça, gênero, religião ou orientação sexual. Portanto, é dever do profissional proteger e respeitar os direitos do paciente, bem como preservar sua dignidade em todas as circunstâncias.

RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL

Houve um grande aumento nos processos judiciais movidos contra instituições hospitalares devido a erros médicos, na maioria dos casos envolvendo omissões ou falhas na prestação adequada de cuidados ao paciente, como mencionado anteriormente. A responsabilidade civil do hospital nesse contexto é um assunto complexo e delicado, uma vez que não se presume a culpa e/ou se aplica a teoria do risco empresarial, já que se trata de uma entidade prestadora de serviços.

É importante esclarecer que o hospital e o médico são entidades distintas. O primeiro tem uma relação direta com o paciente ou cliente, configurando uma relação de

consumo, na qual a prestação de serviço deve ser realizada em benefício do destinatário final. Por outro lado, o médico é o prestador do serviço ao paciente, mediante remuneração, conforme estabelecido nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

O hospital é responsável objetivamente pelos danos causados aos seus consumidores devido à sua condição de fornecedor de serviços, conforme a doutrina estabelece com base nos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, a culpa não tem o mesmo peso ou a necessidade de ser demonstrada como na responsabilidade subjetiva. É necessário analisar profundamente a situação para determinar se houve injustiça ou defeito no serviço em um caso concreto.

Segundo o Lucas Andrade Araripe[3]:

> O Hospital não responde por todo e qualquer evento ocorrido em suas dependências. Quando provada a culpa médica, o Hospital responderá objetivamente, sem que haja necessidade de o paciente demonstrar a culpa do Hospital, que responderá solidariamente com esse pelos danos causados, independentemente de o Hospital, enquanto pessoa jurídica, tiver praticado atos culposos, conforme o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor.
>
> A contrário sensu, se não for provada a culpa médica, não deverá o hospital responder objetivamente pelo erro médico, por exemplo, visto que foge do seu âmbito de proteção o evento danoso. A exceção é para os casos de atos extra médicos, preponderantemente ligados à hotelaria hospitalar particular, como mau funcionamento de equipamentos, segurança do paciente e etc, visto que, o hospital desenvolve uma atividade negocial com o intuito de lucro, devendo responder o estabelecimento de forma objetiva, independente de culpa, nos moldes do art. 3º e 14 do CDC. Da mesma forma devemos tratar os atos paramédicos, em geral praticados pela enfermagem e outros profissionais da saúde.

Vale ressaltar que as responsabilidades contratual e extracontratual, ou aquiliana, discutidas anteriormente, devem ser consideradas nestes casos. Se uma das partes praticar um ato ilícito, será responsável pelo dano, resultando na obrigação de indenizar. Nesse contexto, os requisitos da culpa e do nexo de causalidade devem estar presentes na ação.

Quando o paciente estabelece um contrato com uma entidade hospitalar, esta se torna responsável pela prestação dos serviços necessários durante o internamento. Em outras palavras, toda a estrutura para a oferta de cuidados deve ser fornecida pelo hospital, o que resulta em proteção jurídica para o paciente. No caso de contrato com um médico, a responsabilidade pela obrigação será por sua parte.

A indenização dos médicos ocorrerá de forma autônoma, na condição de meros locatários, enquanto os hospitais responderão pelos serviços prestados dentro de suas dependências.

Segue um julgado sobre o assunto:

---

3 ARRIPE, Lucas A. **A responsabilidade civil hospitalar e médica. Uma diferenciação necessária**. 2020. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/335070/a-responsabilidade-civil-hospitalar-e-medica--uma- diferenciacao-necessaria . Acesso em: 23 jan. 2024.

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - CIRURGIA PARA CORREÇÃO DE FRATURA ÓSSEA EM MEMBRO INFERIOR - INFECÇÃO HOSPITALAR ADQUIRIDA PELO PACIENTE - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR - DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - CONSTATAÇÃO - AUSÊNCIA DE CONTROLE DE INFECÇÃO HOSPITALAR - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. A responsabilidade objetiva do prestador de serviços estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, aplicável às relações entre pacientes e operadoras de plano de saúde e/ou hospitais, não é regra absoluta, podendo ser afastada por prova que exclua a evitabilidade do dano, comprovado o dever de cuidado ao qual está obrigado o profissional médico e a entidade hospitalar - inteligência do artigo 14 do CDC (Lei nº 8.078/90). 2. Ressalte-se que a responsabilidade objetiva do hospital ou da operadora de plano de saúde pode ser afastada se restar demonstrada a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro - hipóteses dos incisos I e II do § 3º do art. 14 do CDC. 3. Quanto ao médico, sua responsabilidade civil é subjetiva, nos termos do § 4º do art. 14 do CDC, já que a natureza dos seus serviços impede que se desconsidere o fator culpa na aferição da sua responsabilização, tendo em vista as peculiaridades da relação existente entre pacientes e médicos, atividade de meio, e não de resultados, nos quais se exige unicamente a utilização dos recursos disponíveis para o tratamento do paciente. 4. Sabe-se que a infecção hospitalar não é totalmente evitável, mas é controlável, e o controle se faz através da criação obrigatória de um Programa de Controle de Infecção Hospitalar (PCIH) e de uma Comissão de Controle de Infecção Hospitalar (CCIH), que seguirá as normas previstas na Portaria nº 2.616/98 da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e na Lei 9.431, de 06/01/1997, que dispõ e sobre a obrigatoriedade da manutenção de programa de controle de infecções hospitalares pelos hospitais do País. 5. Nesse cenário, caberia ao hospital requerido a prova de que em sua unidade havia um PCIH (Programa de Controle de Infecção Hospitalar) e uma CCIH (Comissão de Controle de Infecção Hospitalar), para que restasse demonstrado que ele, pelo menos, se preocupa em minimizar os riscos de infecção hospital dos seus pacientes. 6. Havendo infecção hospitalar que obrigou o autor a passar por longo e penoso tratamento médico cirúrgico hospitalar, resta caracterizado o dano moral in re ipsa, pois se presume o sofrimento psíquico de quem passa por tamanho sofrimento. 7. A reparação do dano moral deve ser proporcional à intensidade da dor, que, a seu turno, diz com a importância da lesão para quem a sofreu. Não se pode perder de vista, porém, que à satisfação compensatória soma-se também o sentido punitivo da indenização, de maneira que assume especial relevo na fixação do quantum indenizatório a situação econômica do causador do dano. 8. Entende-se por dano estético aquele que implica ao indivíduo deformidade, aleijão ou lesão capaz de lhe propiciar afeamento e desfiguração corporal substancial, importando em prejuízo à sua aparência. Vislumbra-se, pois, presente, o dano estético, quando a vítima sofre visível ofensa física deformante, configurando sofrimento psicológico distinto daquele ligado de forma intrínseca ao próprio ato ilícito em si. A reparação deste dano se dá através de compensação pecuniária. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO APELO. [4]

4 TJMG, Apelação nº 1.0183.04.072844-0/001 e 0728440-25.2004.8.13.0183 (1). 16º Câmera Cível. Relator Otavio Postes. Julgado em 18/03/2020.

O julgado analisa a responsabilidade civil no âmbito médico, sublinhando que a responsabilidade objetiva definida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) não é inflexível e pode ser contestada mediante evidência de cuidado adequado. Ele destaca que a responsabilidade do médico é subjetiva, dado que sua atividade é baseada no processo, não no resultado final. Há uma discussão sobre o controle de infecções hospitalares e a importância de programas específicos, cuja ausência pode afetar a responsabilidade do hospital. Além disso, o texto aborda a caracterização do dano moral e estético, ressaltando a necessidade de uma compensação proporcional ao sofrimento e à capacidade financeira do responsável pelo dano. Finalmente, menciona que a reparação do dano estético é feita por meio de compensação financeira. O apelo foi atendido parcialmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil surge da violação de um bem jurídico, resultando em uma obrigação de indenizar quando esse ato ilícito é cometido. No entanto, muitas vezes, essas questões podem cair no esquecimento do judiciário. A doutrina geralmente estabelece a responsabilidade subjetiva, exigindo a comprovação da culpa para identificar o responsável pelo dano.

Por outro lado, há casos de responsabilidade objetiva em que o dano moral, patrimonial ou estético é atribuído independentemente da comprovação de culpa, seja por meio contratual ou extracontratual.

Tanto o dolo quanto a culpa têm requisitos a serem seguidos, incluindo a ação, o dano e o nexo de causalidade. Na responsabilidade médica, a obrigação geralmente é de meio, embora em alguns casos possa ser de resultado. Os profissionais de saúde devem orientar, informar e cumprir suas obrigações conforme as diretrizes do Conselho Federal de Medicina. Os requisitos de culpa são os mesmos estabelecidos na responsabilidade civil pelo Código Civil de 2002.

Portanto, tanto na responsabilidade civil em geral quanto na responsabilidade médica, há várias perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais que moldam os diversos casos presentes no judiciário. Cabe ao profissional pesquisar o seguimento jurisprudencial e doutrinário aplicando-os aos casos concretos.

REFERÊNCIAS

ARRIPE, Lucas A. **A responsabilidade civil hospitalar e médica. Uma diferenciação necessária**. 2020. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/335070/a- responsabilidade-civil-hospitalar-e-medica--uma-diferenciacao-necessaria . Acesso 23 jan. 2024.

BEDÊ, Rodrigo. **Uma abordagem jurídica sobre a responsabilidade civil por erro médico.** Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/artigos/uma-abordagem-juridica-sobre- a-responsabilidade-civil-por-erro-medico/446168241 Acesso 28 jan. 2024.

BONHO, Luciana T.; CARVALHO, Francisco T de; ARAUJO, Marjorie de A.; et al. Responsabilidade civil. São Paulo: Grupo A, 2018. E-book. ISBN 9788595024199. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595024199/. Acesso em: 29 jan.2024.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Volume 7. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br /#/books/9788530992316/ . Acesso em: 11 mai. 2023.

TIMI, Jorge R.; Mercer; Ribas Patrick G. Responsabilidade civil do médico e processo civil. Simpósio Medicina e Direito. Disponível em: https://jvascbras.org/article/5e20c1e00 e88259d72939fe0/pdf/jvb-2-3-248.pdf Acesso em 02 mar. 2024.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v.3. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v.3. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 19. edição. São Paulo: Editora Forense, 2019.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade médica** , COAD, Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas, v. 2, p. 5 -10, jun./1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2003, v.3, p.101.

Código Civil Brasileiro, lei nº. 10.406, de 10.01.02.

Código de Defesa do Consumidor, lei nº. 8.078, de 11.09.90.

Código de Processo Civil Brasileiro, lei nº. 5.969, de 11.01.73.

Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.88.

A HERANÇA DIGITAL COMO INSTITUTO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Data de aceite: 03/09/2024

Henrique Balduvino Saft Dutra

RESUMO: Com a popularização da internet a partir do século XXI, as redes sociais multiplicaram-se. Nessa seara, passou-se a debater a possibilidade de reconhecimento da herança digital, compreendida como a totalidade de dados de natureza pessoal contidos nas redes sociais, como instituto do direito das sucessões. Este artigo possui como finalidade discorrer acerca da possibilidade do chamado "acervo digital" integrar a herança do *de cujus*, assim como a sua transmissão aos herdeiros. O artigo embasou-se em bibliografias e documentos afins à temática. Observou-se a inexistência de normas específicas que regulamentam a matéria, embora o "marco civil da internet" e a lei geral de proteção de dados tenham discutido indiretamente a inviolabilidade da privacidade e dos dados das pessoas. Percebeu-se ainda a existência de projetos de lei em deliberação no Congresso Nacional e decisões no direito internacional que velejam no sentido de reconhecer o "acervo digital" como patrimônio transmissível aos herdeiros. Dessa maneira, cabe ao direito superar paradigmas e ajustar-se às mudanças que passam pelos meios de comunicação, principalmente com o advento da internet, reconhecendo-se possibilidade da sucessão (legítima) dos bens digitais.

PALAVRAS-CHAVE: Acervo digital. Herança. Internet.

ABSTRACT: With the popularization of the internet since the 21st century, social networks have multiplied. In this area, the possibility of recognizing digital inheritance, understood as the totality of data of a personal nature contained in social networks, as an institute of succession law, began to be debated. This article aims to discuss the possibility of the so-called "digital collection" integrating the inheritance of the deceased, as well as its transmission to heirs. The article was based on bibliographies and documents related to the topic. It was observed that there were no specific rules regulating the matter, although the "internet civil framework" and the general data protection law have indirectly discussed the inviolability of people's privacy and data. It was also noted the existence of bills being deliberated in the National Congress and decisions in international law that aim to

recognize the “digital collection” as heritage transferable to heirs. In this way, it is up to the law to overcome paradigms and adjust to the changes that occur in the media, especially with the advent of the internet, recognizing the possibility of (legitimate) succession of digital assets.
KEYWORDS: Digital collection. Heritage. Internet.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É notório que as redes sociais multiplicaram-se e evoluíram nos últimos cem anos, ao promover a comunicação à distância e incutir um novo processo de socialização. Os aplicativos (a exemplo do WhatsApp, Facebook, Instagram, Twitter e até mesmo Youtube) desenvolveram novos recursos, aprimorando cada vez mais as relações, que, outrora, limitavam-se a mensagens SMS e e-mails. Os aplicativos de paquera (a exemplo do Tinder) nem mesmo existiam até cerca de dez anos atrás. A ideia das redes sociais é exatamente esta: facilitar a vivência em sociedade. Entretanto, hoje, o uso das redes sociais supera o mero comodismo, tornando-se uma necessidade. Não à toa, muitos países, a exemplo da Finlândia, reconhecem o acesso à internet como um direito fundamental.

Convém acentuar que, em menos de uma década, o número de usuários das redes sociais triplicou, passando da casa dos 4,2 bilhões de usuários, o que corresponde a mais de 53% da população mundial. No Brasil, porém, a taxa de usuários em relação à população é superior a 70%.

É grande a auto exposição nas redes sociais; importantes aspectos das vidas das pessoas ficam retidos nas redes sociais, sendo característica da sociedade e da cultura contemporâneas. Em que pese os avanços decorrentes da inserção das redes sociais, a conexão a partir delas fundada tornou-se objeto de conflitos *post mortem*, cabendo ao direito, na qualidade de ciência social e que busca valorar os fatos socialmente relevantes, regulamentá-los. Nesse sentido, discute-se a possibilidade (ou não) de as redes sociais e do chamado “acervo digital” integrar a herança do *de cujus*, assim como a sua transmissão aos herdeiros.

DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, é oportuno esclarecer que a herança, salvo melhor doutrina, consiste no “conjunto de bens, positivos e negativos, formado com o falecimento do *de cujus*”. (TARTUCE, 2021, p. 56).

Ainda, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal,

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> XXX - é garantido o direito de herança. (BRASIL, 1988).

Em relação ao conceito de herança digital, Tânia Nigri (2021, p. 28) afirma que "é o acervo eletrônico que uma pessoa deixa ao morrer e que poderá, em tese, ser transmitido aos seus herdeiros, sendo composto por fotografias digitais, arquivos na nuvem, vídeos, acesso às redes sociais, senhas em geral e e-mails. "

No que toca à transmissão dos bens deixados pelo *de cujus*, a norma civilista é clara no sentido da possibilidade da sucessão testamentária, em que se obedece a vontade do falecido, assim como da sucessão legítima, decorrente da lei, que indica a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade do *de cujus*. Nesse sentido, faz-se mister perceber que, nos termos do artigo 1.786 do Código Civil, "a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade". (BRASIL, 2002).

Arnaldo Rizzardo (p. 16) leciona que "as pessoas sucedem por força da lei ou do testamento. Normalmente, prevalece a sucessão em virtude de uma ordem de parentesco, ou por impulso da lei, ou por sangue e colateralidade, cuja classificação é estabelecida por lei."

De outra banda, Flávio Tartuce (2021, p. 615) acentua que o testamento constitui um "negócio jurídico unilateral, de última vontade, [...] tendo por objeto a designação de herdeiros e/ou legatários, no todo ou em parte, da herança, ou disposições outras até mesmo de caráter não patrimonial, com o fito de produzir efeitos após a morte."

Os testamentos podem, além disso, incluir conteúdos não patrimoniais. Na dicção do artigo 1.857 do Código Civil, "toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. [...] § 2 º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado." (BRASIL, 2002).

À vista disso, pode o testador transmitir (expressamente) suas senhas, suas redes sociais e o seu "acervo digital" de modo geral por meio de testamento, embora desprovidos de valor econômico, evitando-se conflitos em torno de uma possível ofensa à privacidade e à intimidade do falecido.

Por outro lado, não pode passar desapercebida a necessidade de observância da "legítima" dos herdeiros necessários, eis que, nos termos do artigo 1.846 do Código Civil, "pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima." (BRASIL, 2002).

Os bens digitais consistem em bens incorpóreos, ou seja, "que não podem ser tocados com a ponta dos dedos". (AZEVEDO, 2019, p. 147).

Antevê-se relevância em destacar que os bens digitais representam os conteúdos publicados ou compartilhados nas redes sociais (textos, imagens, vídeos, e-books, músicas ou qualquer outro meio que contenha uma característica particular do usuário) e que, embora propiciem alguma utilidade para o seu titular, podem (ou não) ser passíveis de valoração econômica.

Mas, afinal de contas, quanto vale o “acervo digital” do falecido, quando desprovido de valor econômico? Como avaliá-lo?

Em todo o caso, o principal problema não se encontra na existência de testamento, e sim na falta dele; ou seja, quando o falecido não predestina seu “acervo digital” em testamento. Sabe-se da importante quantidade de informações de caráter pessoal presentes nas redes sociais, cuja transmissão, quando não disposta por ato de última vontade, promove o conflito aparente entre as normas que disciplinam o direito à herança e as que disciplinam o direito à intimidade. Dessa sorte, no caso de o falecido não dispor em testamento a respeito de seu “acervo digital”, este deve integrar a herança de forma indivisível até a sua efetiva partilha? Ou os servidores ou provedores de internet devem excluí-lo no momento em que constatado o óbito de seu titular?

Observa-se que a norma civilista ainda não se mostra suficiente na regulamentação da matéria, tenha o “acervo digital” valor monetário ou não. Se superado o estéril literalismo da lei, pode-se inserir os vídeos monetizados (do Youtube) no conceito de “obras audiovisuais” e as fotos e propagandas monetizadas (do Instagram) no conceito de “fotografias”, encontrando arrimo na lei 9.610/1998, que regula os direitos autorais.

Os direitos autorais apresentam duas dimensões: a moral e a patrimonial. No tocante à dimensão patrimonial, o artigo 28 da lei de que se trata é claro no sentido de que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. (BRASIL, 1998).

De outra banda, a lei em questão prevê que “Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades”. (BRASIL, 1998).

Ainda, nos termos do artigo 41 da lei, cujo teor é trazido à baila, “os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1° de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. ” (BRASIL, 1998).

As controvérsias em relação à dimensão patrimonial dos direitos autorais parecem superadas, uma vez que, conforme analisado, a parte do “acervo digital” que apresenta valor econômico (e-books, produções de autoria própria e rendimentos decorrentes de monetização de vídeos e de fotos em redes sociais, a título de exemplo) devem constituir o monte-mor, sob pena de ofender a própria Constituição Federal. Entretanto, no que toca à dimensão moral, ainda persistem desentendimentos na doutrina civilista, uma vez relacionados aos direitos da personalidade do *de cujus* e sua privacidade. Nesse sentido, parece coerente que os herdeiros do *de cujus* tenham acesso irrestrito às suas contas de redes sociais, suas conversas com outros usuários, e-mails e até mesmo fotos íntimas sem que exista fundamento para tanto?

O que se sabe é que, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 1988).

Na mesma vereda, prevê o evocado artigo 5º que é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”. (BRASIL, 1988).

A lei geral de proteção de dados, novidade no ordenamento jurídico brasileiro, por seu turno, também prevê a inviolabilidade da privacidade e dos dados das pessoas, cabendo trazer ao lume o seu teor.

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.
>
> [...]
>
> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
>
> I - o respeito à privacidade;
>
> [...]
>
> IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem. (BRASIL, 2018).

Impende destacar que a lei 12.965, que se ousou chamar de “marco civil da internet” e que definiu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet, também é incisiva no sentido de que:

> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
>
> I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
>
> III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial. (BRASIL, 2014).

Corroborando a exegese legal, aduz George Malmelstein (2019, p. 142) que “o princípio geral da intimidade e da privacidade protege o indivíduo contra a devassa indevida de seus dados. [...]. Em princípio, o poder público não pode ter acesso a esses dados pessoais sem o consentimento do indivíduo. ”

Em vista disso, nem mesmo os entes públicos possuem acesso (e as prerrogativas de determinar a exibição e o uso) aos dados pessoais quando não consentido pelo titular dos dados ou quando não se tratar de hipótese prevista em lei. Porém, como todos os demais direitos fundamentais, os direitos à privacidade e à intimidade apresentam restrições, do que decorre o seu caráter não absoluto.

Nesse sentido, oportuna é a transcrição da obra de Alexandre de Moraes (2021, p. 27).

> Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros.

Dessa sorte, legitimam-se as intervenções à privacidade e à intimidade das pessoas quando proporcionais e necessárias ao exercício de outros direitos fundamentais, hipóteses estas previstas pela Constituição Federal (ordem judicial, investigação criminal e instrução processual penal).

Na contramão do entendimento da norma civilista brasileira, decisões recentes emanadas dos tribunais estrangeiros apresentaram-se como um marco histórico no reconhecimento da transmissibilidade da herança digital. Pode-se mencionar como exemplo o processo ZR 183/17, apreciado em 12/07/2018 pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (Bundesgerichtshof). Cuida-se de analisar o caso de uma adolescente de quinze anos que faleceu em um acidente no metrô em Berlim em 2012. Os pais da adolescente cogitaram a possibilidade de suicídio, uma vez que as circunstâncias da morte não foram plenamente esclarecidas. Para isso, os pais pleitearam o acesso à conta do Facebook da jovem; porém, sem sucesso. Isso porque a conta foi convertida em "memorial", possibilidade dada pelo Facebook quando um usuário falece, outra pessoa informa o seu óbito, e o texto "em memória de" passa a aparecer antes do nome do falecido. Nesse tocante,

> A transformação em memorial manterá uma conta segura, pois impedirá que outras pessoas entrem nela. A conta continuará visível no Facebook, mas a única pessoa que pode gerenciar uma conta transformada em memorial é o contato herdeiro selecionado pelo titular. Se o titular da conta não tiver selecionado um contato herdeiro, ela não será administrada ativamente por ninguém após a solicitação de transformação em memorial. (FACEBOOK, 2022).

Ora, sendo uma conta transformada em "memorial", o conteúdo nela publicado ou compartilhado em vida pelo *de cujus* fica visível, e outros usuários podem nela publicar mensagens, mas apenas o Facebook possui acesso ao conteúdo da conta. Assim sendo, o *status* de "memorial" veda o acesso da conta a qualquer pessoa (à exceção do próprio Facebook), visando proteger a privacidade do usuário falecido e mesmo de seus contatos.

Tornando a tecer comentários acerca do processo ZR 183/17, em primeiro grau, os pais da jovem obtiveram ganho de causa, sendo determinado ao Facebook o acesso pelos pais à conta da falecida, sob o fundamento de que o "acervo digital" (contas de e-mails, celulares e redes sociais de modo geral) integra a herança do *de cujus*, sendo transmissível aos herdeiros.

Em segundo grau, o Tribunal Estadual de Berlim (Kammergericht), ao rever a decisão, entendeu que o acesso ao "acervo digital" macularia o direito ao sigilo das comunicações do falecido e de seus interlocutores. Reconheceu, por outro lado, que os direitos e obrigações de caráter patrimonial relativas ao contrato (de consumo) entabulado com o Facebook transmitem-se, em tese, por meio da herança; entretanto, sustentou que não há "clareza jurídica" em relação à transmissibilidade (ou não) dos bens digitais de caráter personalíssimo.

Em recurso dirigido ao Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (Bundesgerichtshof) (terceiro grau), este reconheceu o direito dos pais de acessar a conta do Facebook da filha falecida e o conteúdo nela existente. Sustentou o tribunal que a regra da sucessão universal, também conhecida como princípio da *saisine* (segundo a qual a integralidade dos bens do falecido transmite-se, desde logo, aos herdeiros), estende-se ao "acervo digital" tal qual aos bens materiais. (FRITZ, 2019).

Em vista disso, afastou-se a tese no sentido de que somente o "acervo digital" de natureza patrimonial é que pode entrar no conceito de herança, uma vez que a lei não diferencia herança patrimonial e herança extrapatrimonial.

A discussão que permeou na Alemanha, entretanto, pouco (ou nada) influenciou na posição do direito brasileiro acerca da matéria, que advoga no sentido de negar aos herdeiros o direito de acesso às redes sociais do falecido. É o entendimento cimentado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG), em análise do Agravo de Instrumento 1906763-06.2021.8.13.0000.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. HERANÇA DIGITAL. [...] ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PESSOAIS. DIREITO DA PERSONALIDADE. A herança defere-se como um todo unitário, o que inclui não só o patrimônio material do falecido, como também o imaterial, em que estão inseridos os bens digitais de vultosa valoração econômica, denominada herança digital. A autorização judicial para o acesso às informações privadas do usuário falecido deve ser concedida apenas nas hipóteses que houver relevância para o acesso de dados mantidos como sigilosos. Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, necessitando de proteção legal, porquanto intransmissíveis. A Constituição Federal consagrou, em seu artigo 5º, a proteção constitucional ao direito à intimidade. Recurso conhecido, mas não provido.

A exceção encontra-se na possibilidade que dá o Facebook (que dá "um passo à frente" ao perceber a necessidade e a utilidade de gerenciamento das redes sociais após o falecimento de seu titular) de optar por um outro usuário para "herdar" a conta. Nesse tocante, "é possível adicionar, alterar ou remover o contato herdeiro nas configurações gerais da conta a qualquer momento." (FACEBOOK, 2022).

Entretanto, se transformado o perfil em memorial, não é mais possível herdá-lo. Outrossim, é forçoso perceber que dar aos herdeiros a possibilidade de acesso às redes sociais do *de cujus* não pressupõe o seu uso irrestrito, muito menos que as mensagens

ou dados acerca do falecido que se encontra em suas redes sociais sejam veiculados pelo herdeiro. Os herdeiros não podem abusar de seu direito de acesso às redes sociais, causando danos ao falecido ou mesmo a seus interlocutores, em razão do que alguns doutrinadores afirmam a existência de um direito-dever à preservação dos segredos.

Nessa esteira, o Código Penal Brasileiro antevê, em seu artigo 153, que "divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa." (BRASIL, 1940).

Em vista disso, exige-se dos magistrados parcimônia, norteando suas decisões pelo princípio da boa-fé objetiva, de sorte que observe os termos de uso do Facebook (ou demais redes sociais) e iniba aqueles comportamentos que atentem contra os direitos da personalidade do falecido. Afinal de contas, leciona a obra de Rubem Valente (2017, p. 69) que:

> Com a morte, ocorre a extinção dos direitos da personalidade. No entanto, mesmo após a morte, alguns desses direitos são resguardados, como o respeito ao morto, à sua honra ou memória e ao seu direito moral de autor. [...]. Os parentes podem sofrer o chamado dano reflexo, em caso de lesão aos direitos que seriam da personalidade da pessoa morta.

No Congresso Nacional, encontra-se, atualmente, em deliberação projeto de lei que diz respeito à herança digital, o que evidencia o interesse crescente dos congressistas brasileiros pela matéria.

O Projeto de Lei nº 5820/2019, com origem na Câmara dos Deputados, de autoria de Elias Vaz, do Estado de Goiás, dá nova redação ao artigo 1.881 do Código Civil, para assim dispor:

> Art. 1º O art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> [...]
>
> §4º Para a herança digital, entendendo-se essa como vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvem, o codicilo em vídeo dispensa a presença das testemunhas para sua validade. (BRASIL, 2019).

O projeto viabiliza a realização de codicilo por vídeo, além de conceituar a herança digital. Limita-se, pois, a trazer conceitos, sem, contudo, discutir o conflito entre o direito à inviolabilidade da privacidade do falecido e o direito à herança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que, a despeito da existência de aparatos normativos que dizem respeito, direta ou indiretamente, à herança digital, ainda não existe uma resposta contundente em relação à possibilidade da sucessão (legítima) dos bens digitais que importariam em eventual ofensa aos direitos da personalidade do falecido e até mesmo de terceiros (aí incluído o direito à intimidade).

Em contrapartida, restou incontroverso que a sucessão testamentária, por obedecer a vontade real do falecido, é possibilidade dada para transmitir seu "acervo digital", sujeitando-se, entretanto, à redução das disposições testamentárias. O testamento, por preservar os interesses do titular dos bens, é corolário da autonomia privada e balizador do intervencionismo estatal, sendo a melhor das alternativas para que os herdeiros não possam ter acesso integral ao "acervo digital".

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**: Teoria Geral do Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4847, de 2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7742, de 2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5820, de 2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=222803. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 1906763-06.2021.8.13.0000**. Apelante: Rosilane Meneses Folgado. Apelado: Alexandre Lana Ziviani. Relator: Des. Albergaria Costa. Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2022. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1363160167/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000211906755001-mg/inteiro-teor-1363160241. Acesso em: 30 abr. 2022.

FACEBOOK. **Configurações gerais da conta**. Disponível em: https://www.facebook.com/settings?tab=account§ion=account_management&vie. Acesso em: 02 maio 2021.

FRITZ, Karina Nunes. **Leading case**: BGH reconhece a transmissibilidade da herança digital. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/308578/leading-case--bgh-reconhece-a-transmissibilidade-da-heranca-digital. Acesso em: 02 maio 2021.

MALMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2021.

NIGRI, Tânia. **Herança**. 5. ed. São Paulo: Editora Blucher, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Coisas. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

VALENTE, Rubem. **Direito Civil Facilitado**. São Paulo: Editora Forense, 2017.

CAPÍTULO 12

LA PROTECCION SOCIAL FRENTE A LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: ¿CÓMO IMPACTAN LOS PROCESOS DE AUTOMATIZACIÓN EN LA SEGURIDAD SOCIAL?

Data de aceite: 03/09/2024

César Alejandro Nájar Becerra
Magister en Relaciones Laborales, Dirección de Recursos Humanos, Globalización y Digitalización por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado por la Universidad Católica de Santa María. Docente de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María. Miembro de la Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional. Socio del Estudio Vargas & Nájar Abogados
Universidad Católica de Santa María - Arequipa, Perú
https://orcid.org/0000-0001-8954-8918

RESUMEN: La automatización y robotización como expresión de la cuarta revolución industrial vienen generando desde ya una polarización en el campo de las relaciones laborales al proponer cambios en las formas de trabajo. Sin embargo y pese a que algunos sostienen que la pérdida de empleos es inevitable y otros que surgirán nuevas formas de trabajo, ambas posiciones reconocen la desaparición de puestos de trabajo en diversos sectores productivos. En este contexto, el presente artículo, el cual fue presentado al V Congreso Internacional de la Red Iberoamericana de Investigación en Seguridad Social, y que ahora se acompaña al presente libro, pretende desarrollar hasta qué punto los cambios de la nueva revolución industrial pueden impactar en el campo de la seguridad social, partiendo de la naturaleza "laboral" de los sistemas de protección social vigentes, para ensayar qué medidas de respaldo pueden ser adoptadas, para la protección de la seguridad social ante las nuevas formas de empleo.

ABSTRACT: Automation and robotization as an expression of the fourth industrial revolution have already generated a polarization in the field of labor relations by the proposing changes in the forms of work. However, even though some maintain that the loss of jobs is inevitable and others that new forms of work will emerge, both positions recognize the disappearance of jobs in various productive sectors. In this context, this article, which was presented at the V International Congress of the Ibero-American Social Security Research Network, and which is now accompanied in this book, aims to develop to what extent the changes of the new industry can impact

the field of social security, starting from the "labour" nature of the current social protection systems, to propose what support measures can be adopted, for the protection of social security in the face of new forms of employment.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años, los esquemas laborales tradicionales han sido superados por nuevas formas de trabajo caracterizadas por una irrupción tecnológica cada vez más evidente. La ejecución de un trabajo en un centro laboral determinado, a tiempo completo y con una fiscalización permanente e *in situ* por parte del empleador, son ahora formas de trabajo que poco a poco vienen siendo superadas gracias al uso de las nuevas tecnologías como herramientas para facilitar las actividades laborales.

Sin embargo, dentro de este contexto de disrupción tecnológica en el empleo, la robotización se ha convertido en una verdadera revolución en el ámbito laboral, pues la misma no solo ha sido una herramienta que ha variado la forma en que funcionan actualmente los sectores productivos debido a la automatización del trabajo que permite el uso de máquinas sin intervención humana, sino que además, ha traído consigo un cuestionamiento respecto a si por su propia naturaleza, la robotización hace exigible un replanteamiento de las bases del derecho del trabajo, al ser potencialmente dañinas para los trabajadores, ante el desplazamiento de mano de obra humana que pueda generar.

Si bien las opiniones sobre el particular varían entre los denominados "tecno optimistas" (aquellos que consideran que la robotización generará pérdida de algunos empleos pero generará la aparición de nuevos sectores de trabajo) y "tecno pesimistas" (aquellos que consideran que la robotización acabará con el empleo), lo cierto es que en cualquiera de ambas posiciones se reconoce que la robotización implicará cambios o pérdida de empleo en algunos sectores productivos.

Atendiendo a ello y siendo que a la fecha el sistema de seguridad social vigente depende de la existencia de puestos de trabajo para su sostenimiento, debido a la definida "laboralización de la seguridad social", el impacto negativo que la robotización generaría en los nuevos modelos de negocio y el mercado de trabajo, amenaza con la desaparición del sistema actual y la precarización de los sistemas encargados de la protección social.

Considerando ello, el presente trabajo tiene como objetivo reconocer hasta qué punto la cuarta revolución industrial caracterizada por la robotización podrá generar un impacto negativo en el sostenimiento de los sistemas de seguridad social vigentes, considerando la vinculación existente entre seguridad social y trabajo, así como la potencial pérdida de empleo que se podría generar en la implementación de sistemas de automatización en los sectores productivos.

Así pues, el presente artículo desarrollará en un primer momento el impacto que la robotización puede generar en el mercado de trabajo, para posteriormente y una vez

identificados los potenciales riesgos que generaría la implementación de sistemas de automatización en el trabajo, identificar hasta qué punto dichos riesgos pueden afectar e incidir en la crisis de seguridad social que asumimos se avecina en el contexto peruano, ensayando una propuesta que permita aproximar soluciones al problema desde la implementación de un sistema de seguridad social que considere las nuevas formas de trabajo.

IMPACTO DE LA ROBOTIZACIÓN EN EL MERCADO DEL TRABAJO

Durante la última década, han sido muchos los autores que han identificado que nuestra sociedad ha ingresado ya en una cuarta revolución industrial, la cual se caracteriza por la automatización de las máquinas y la existencia de sistemas inteligentes en la ejecución del trabajo.

En efecto, se sostiene que luego de la primera revolución industrial, la cual significó un cambio en las dinámicas sociales y económicas que derivaron en la aparición del derecho del trabajo, sucedieron dos revoluciones industriales posteriores que, al margen de transformar la vida en sociedad, han sido imperceptibles debido a la rapidez de su generación y que han llevado hoy en día a considerar la existencia de una Cuarta Revolución Industrial.

Así y como lo precisa Gómez Salado (2018) estas revoluciones acontecieron como sigue:

> *La primera significó la introducción de sistemas de producción urbanos, industrializados y mecanizados, es decir, la incorporación de máquinas en la realización de determinadas tareas. Más tarde, la segunda revolución trajo consigo la división del trabajo, la producción en serie y la electricidad. Ya en la tercera se implantaron líneas automatizadas de producción y se extendieron los dispositivos electrónicos.* (p.144)

De forma que como es de advertir, las revoluciones identificadas se caracterizaron durante los últimos años, por los cambios generados en la forma de ejecutar las actividades laborales debido al uso de nuevas herramientas, máquinas y sistemas de producción.

Sin embargo, la cuarta revolución industrial que se alega ya se encontraría siendo desarrollada, representa un cambio que además de acelerado, es disruptivo por ser que se caracteriza no solo por el uso de máquinas y tecnologías modernas, sino que además por la prescindencia progresiva de la intervención humana en la producción y ejecución de tareas.

Como lo reconoce la OIT (2020) en apenas medio siglo y tomando ventaja de la infraestructura digital legada por la tercera revolución industrial, la cuarta revolución industrial caracterizada por el internet de las cosas, la *big data,* la robotización, la inteligencia artificial y los entornos virtuales, han conllevado a la aparición de nuevos sistemas "ciber físicos" que tienden a evaporar la frontera entre lo físico, lo digital y lo biológico (pp. 11-12),

aspecto que supera las revoluciones anteriores y que traerán consigo un verdadero cambio en las formas de empleo, pues la automatización del trabajo ya no será exclusiva de los sectores productivos, sino que en cambio podrá ser parte de cualquier otro sector, debido a la facilidad que tendrán las maquinas de elaborar bienes y brindar servicios, debido al establecimiento de redes inteligentes que no necesitan del ser humano.

En este contexto, Gómez Salado (2018) define esta revolución como "revolución robótica o robotización" por ser que se caracteriza por el auge de la inteligencia artificial y el uso de los robots en un entorno económico mecanizado, que exige su utilización en el sistema productivo (p.144); por lo que es válido cuestionarnos si tal circunstancia puede conllevar en la práctica, a la pérdida de empleo ante el reemplazo del ser humano por el uso de estas nuevas tecnologías.

Ante ello, autores como Rubbi, Barlaro & Petraglia (2020) realizando una investigación de diversos textos académicos para efecto de indagar sobre la respuesta de los empleos que se perderán y ganarán en el futuro del trabajo a causa de la robotización y la automatización de las funciones laborales, concluyen que predecir una respuesta sobre la cantidad de empleos que se eliminarán totalmente, adaptarán y cuántos se crearán como consecuencia de la robotización es una tarea difícil ante la diferencia de información trasmitida por aquellos analistas que poseen una posición optimista o devastadora de la robotización. Sin embargo, sostienen que la literatura coincide en que se proyectarán cambios importantes en todas las ramas de la actividad económica que podrán conllevar a que algunas profesiones desaparezcan por completo y otras nuevas se creen, debido a los cambios radicales en términos de la complementación entre los seres humanos y los procesos automatizados (pp.334).

En esa misma línea el Reporte 2017 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, precisa que si bien la disrupción de los nuevos procesos propios de la cuarta revolución industrial presentan oportunidades para mejorar la vida humana, las nuevas tecnologías traerían consecuencias sobre las prácticas y las estructuras existentes de la vida económica, lo que incluye la destrucción de firmas, mercados y empleos, sin una garantía de que los nuevos procesos puedan compensar estas pérdidas, debido a que las nuevas tecnologías participan tanto en los equipos de capital, como en las rutinas institucionales y las capacidades humanas (OIT, 2020, p.14).

De esta manera, al margen de la visión optimista o pesimista que se pueda tener sobre la cuarta revolución industrial, es un hecho de que la misma, caracterizada por la robotización en la automatización de las labores, representará un cambio en las dinámicas de empleo que traerá consigo la pérdida de empleos a gran o menor escala, pues a diferencia de otras revoluciones industriales, esta revolución industrial puede, tal y como lo indica Schwab (2016) desafiar las tendencias históricas, reduciendo la generación de empleo, debido al ritmo del progreso tecnológico y a que las tecnologías asociadas son capaces de ejecutar tanto tareas físicas como cognitivas.

Sobre ello y si bien en el caso de Latinoamérica, no se estima que la tasa de recambio de la mano de obra humana por modelos robóticos o automatizados sea tan impactante como ocurriría en los países más industrializados y desarrollados, debido a que los países que lo conforman son en su mayoría países en desarrollo, que hacen que sea más difícil reemplazar tareas rutinarias realizadas por trabajadores por nuevas tecnologías, debido al costo que implica incorporarlas a través de inversiones de capital versus el costo laboral de quienes actualmente las desarrollan, lo cierto es que tal y como lo precisan Rubbi, Barlaro & Petraglia (2020)

> *"es esperable que las nuevas tecnologías continúen reduciendo su costo y aumentando su impacto, debilitando la restricción por precios relativos. [Por ejemplo] En el caso de la Argentina, el alto costo de mantener a los trabajadores debido a las cuantiosas cargas sociales que los empleadores deben afrontar los convierte en un objetivo aún más jugoso para los procesos de automatización. Al mismo tiempo, otras restricciones institucionales se harán gradualmente más costosas, en términos económicos y sociales. Estos efectos combinados podrían resultar en una adopción tardía, pero que ofrecería menos oportunidades de adaptación a los trabajadores. En respuesta, las reformas y los progresos en términos de educación en estos países se han tornado más urgentes que nunca, en tanto corren el riesgo de convivir con una población no solo desempleada, sino también no empleable" (p.322)*

De forma que como queda en evidencia, si bien el recambio de los trabajadores de sectores productivos que pueden ser automatizables por máquinas en regiones como Latinoamérica podrá no ser inmediato, será cuestión de tiempo de que se aplique ante la evidente progresión de derechos laborales que podrán hacer más atractivo a los empleadores reemplazar sus sectores productivos por máquinas debido a los "sobre costos laborales" que puedan implementarse.

Cabe resaltar que en este caso, los países latinoamericanos se encontrarían en una desventaja mayor que otros países, debido a lo identificado por los autores antes citados, y es que la falta de una educación eficiente y enfocada en los cambios que se avecinan, harán más complicado que los desplazados puedan ser empleados de forma posterior y que se mantengan las tasas de recambio entre trabajadores, lo que se podría traducir en un desempleo mayor y una precarización del empleo aún más nociva por la aceptación de condiciones laborales menos dignas a costa de un trabajo.

Asimismo, no debe perderse de vista que estudios como el de la Fundación Bertelsmann (2015) prevén que el desempleo aumentará continuamente tanto en las economías avanzadas como en las emergentes, hasta alcanzar más del 20% en Europa y más del 25% en América Latina y del Norte para 2050 (p.12). Posición compartida por el World Economic Forum (2017) que partiendo del estudio efectuado por McKinsey Global Institute, consideran que tan solo en Perú más del 51% de empleos podrán ser automatizados para el año 2055.

Atendiendo a ello, es de advertir que el advenimiento de la cuarta revolución industrial trae consigo una posible pérdida de empleo por la automatización y robotización de las actividades productivas e incluso de servicios, hecho que hace posible preguntarnos de qué manera ello puede afectar derechos más allá de los laborales en países como el Perú.

LA LABORALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como se ha podido advertir, la permanencia de los trabajadores en los sectores productivos podría encontrarse en peligro, debido a la aparición de la cuarta revolución industrial, la cual, posee una naturaleza disruptiva que permitiría reemplazar la mano de obra humana por las nuevas tecnologías.

Atendiendo a ello, es posible sostener que estos hechos no solo incidirán y afectarán los empleos, sino que también otras áreas conexas como la seguridad social, la cual, de acuerdo al sistema vigente, se sostiene en la existencia de puestos de trabajo que garanticen su vigencia.

En efecto, debemos comprender que la seguridad social es entendida como un sistema de protección social contra las contingencias humanas, que procura la elevación del nivel de vida y el bienestar colectivo en base a la redistribución de la renta (Abanto Revilla, 2014, p.20), de forma que lo que busca es garantizar la existencia de normas e instituciones, que permitan satisfacer las necesidades básicas de las personas cuando las mismas se ven imposibilitadas de laborar y por tanto, de obtener rentas, por medio de los aportes que los propios trabajadores en actividad realizan para el mantenimiento del sistema.

Como lo manifiestan Gonzales Hunt & Paitán Martínez (2017) la seguridad social es un sistema de protección social que tiene por finalidad brindarnos las herramientas o prestaciones necesarias para atender las diversas contingencias sociales que se presenten a lo largo de la vida, con el objetivo de que se mantenga un nivel que nos permita atender las necesidades básicas, el cual se logra a través de modelos de redistribución de rentas o modelos de capitalización individual de fondos, siendo un sistema que se manifiesta a través de prestaciones de salud y económicas, sustentadas en los principios de universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, internacionalidad (pp.40-41)

Así pues, pese a que algunos pretendan sostener la autonomía de la seguridad social, lo cierto es que dicho sistema de seguridad se sostiene en la existencia efectiva de puestos de trabajo, fenómeno que es entendido como la laboralización del derecho de seguridad social y que al menos en Perú, se identifica desde la misma naturaleza del sistema de seguridad social.

Tal y como lo refiere Neves (1987) *pese a que la autonomía de la seguridad social es hoy reconocida de modo prácticamente unánime por la legislación y la doctrina, hay*

un evidente campo de interacción entre esta disciplina y el Derecho del trabajo, que está conformado por la porción de la seguridad social que corresponde a los trabajadores (p. 182), y es que pese a que el mismo puede considerarse como una rama autónoma del derecho, a la fecha mantiene matices que lo convierten en una parte accesoria del derecho del trabajo, por ser de aplicación tan solo, para aquellos que mantengan un vínculo laboral.

A efecto de evidenciar ello, Paitán Martínez (2023) pone el caso de los regímenes previsionales coexistentes en Perú, los cuales tal y como desarrolla, se encuentran enfocados, desde el pasado, en las personas que poseen un contrato de trabajo, pese a la admisión (no obligatoria) de trabajadores independientes o el asistencialismo a adultos mayores y personas en estado de discapacidad. Para ello y de acuerdo a los términos de Almansa, sostiene que el sistema de pensiones se encuentra "laboralizado" por ser que:

> *Los sistemas de previsión consideran como sujetos protegidos a los trabajadores, reconociéndoles un derecho a la protección en la medida que con su actividad laboral han aportado un esfuerzo útil a la sociedad, el derecho a la seguridad social es entonces un derecho derivado del trabajo y de las relaciones laborales.*
>
> *Los sistemas de previsión social persiguen con la protección garantizar el salario de los trabajadores, previendo la posibilidad de que por diversos riesgos aquel pueda perderse; las prestaciones entonces se conciben como remuneración indirecta del trabajo, "salario diferido", o en su caso sobresalario familiar.*
>
> *Los sistemas de previsión social hacen gravitar la financiación principalmente sobre cotizaciones de empresarios y trabajadores y en conexión con los salarios; en consecuencia, sí se ha cotizado en cuantía y durante tiempo suficiente como para capitalizar un fondo con el que sufragar las prestaciones; la cotización entonces se entiende como un salario de seguridad, conexo con la actividad profesional, de la cual ha de depender la prestación.*
>
> *Por último, la propia técnica de los sistemas de previsión social, heredada de los seguros privados, permite la pluralidad de entes, tantos como riesgos, y sus relaciones aseguratívas con los asegurados; la gestión entonces queda organizada como empresa de seguros (pp.370-371).*

Así pues, se evidencia que la seguridad social se sostiene en la existencia de un contrato de trabajo, pues es el vínculo laboral el que determina la obligatoriedad del aporte y el que habilita el disfrute de los beneficios de la protección social en pensiones, estando el sistema previsional enfocado por tanto en la clase trabajadora, y siendo la condición laboral la condicionante para formar parte de alguno de los regímenes que habilitan el disfrute de una pensión.

Este mismo esquema trasciende las demás prestaciones encargadas a la seguridad social, y es que como lo recoge la propia OIT (2013) esta misma lógica contributiva ha sido recogida en los demás países de la región y en el aseguramiento en salud, pues los grupos de la población que cuentan con una cobertura de salud cercana al ciento por ciento son: i) Los asalariados con cobertura previsional, ii) los jubilados o pensionados (que como hemos advertido en su mayoría son ex trabajadores aportantes) y iii) los beneficiarios del programa Juntos (p.119).

De esta manera, y considerando que el sistema de seguridad social en Perú se sostiene en los aportes realizados por aquellos trabajadores que se encuentren laborando, al ser que el sistema de seguridad social vigente en el país se encuentra "laboralizado", cabe preguntarnos si el impacto laboral generado por la robotización y automatización del trabajo podría representar un problema en el ámbito de la seguridad social. En este sentido y a partir de lo expresado, analizaremos hasta que punto la robotización puede impactar en la sostenibilidad del sistema de seguridad social vigente en el país.

LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y LA CRISIS DE SEGURIDAD SOCIAL

Conforme lo hemos venido desarrollando, la cuarta revolución industrial se caracteriza por la potencial pérdida de empleos que traerá consigo la robotización y automatización de los sectores productivos. Atendiendo a ello, analizar el impacto que tales hechos pueden generar en el ámbito de la seguridad social peruana, considerando la vinculación de esta rama con la existencia trabajos formales, resulta una tarea importante de efectuar previamente a la pérdida de empleos avizorada por diversos estudios y especialistas.

Así pues, parece importante manifestar en principio que tal y como lo reconoce Gonzales (2019) uno de los principales problemas de la seguridad social es que su cobertura se dirige únicamente a trabajadores asalariados y dependientes, dejando de lado el grueso de población que debido a que se encuentra en la informalidad laboral y/o que no cuenta con cultura en seguridad social, prefiere no adoptar medidas para mantener su permanencia en el sistema (p.181).

En el caso que nos ocupa, es de advertir que además de los problemas manifestados por Gonzales, el problema radica ya no solo en la decisión particular del potencial afectado o la informalidad imperante en la sociedad, sino que, en cambio, en una nueva forma de comprender el empleo formal que, sin la voluntad de los trabajadores, podrá arrastrarlos a condiciones de trabajo no deseadas o incluso al desempleo.

En efecto, tal y como lo expusimos al inicio del presente artículo, la cuarta revolución industrial abre la posibilidad de que los empleadores de los sectores productivos opten por desplazar la mano de obra humana por sistema automatizados, hecho que implicaría el desempleo de un gran número de trabajadores o la consecuente aceptación de estos últimos de condiciones de trabajo inadecuadas que contravienen con los postulados de la seguridad social enfocada en el bienestar.

Asimismo y como lo indicamos en su momento, aún cuando algunos sectores de la doctrina sostienen la posibilidad de que la cuarta revolución industrial no solo desaparecerá empleos, sino que también transformará los existentes y creará nuevos de cara a las nuevas necesidades que las nuevas tecnologías exigen, lo cierto es que al menos en los países en vías de desarrollo como el Perú, se produce una clara desventaja si consideramos que

la falta de una educación de calidad y las brechas digitales existentes en nuestro país, impiden que gran parte de su población y futuros trabajadores, accedan a un conocimiento pormenorizado de las capacidades e información necesarias para afrontar los retos que la robotización, el internet de las cosas y hoy en día, la inteligencia artificial, traerán consigo en los mercados de bienes y servicios.

Bajo este entendido, la cuarta revolución industrial conlleva a la necesidad de comprender que venimos adentrándonos en una crisis de seguridad social, debido a que el sistema tradicional que se sostiene en los aportes y cotizaciones efectuados por las tradicionales formas de empleo viene siendo superado por nuevas formas de trabajo que poco a poco harán obsoleto el sistema que conocemos, ante la potencial pérdida de empleos.

Así pues, debemos tener en consideración que la cuarta revolución industrial impacta en la sostenibilidad futura del sistema de seguridad social si consideramos que: i) Conllevará a la desaparición de puestos de trabajo y ii) Conllevará a la creación y transformación de empleos, pero con tasas de recambio bajas, esto es, una mayor cantidad de desempleo frente a una menor cantidad de trabajadores con las capacidades técnicas y de conocimiento necesarias para las nuevas formas de trabajo.

Respecto al primer punto y al margen de lo desarrollado en la primera parte del presente artículo, es importante considerar que desde el 2013 y previamente a la aparición exponencial de sistemas robotizados y sostenidos en Inteligencia Artificial, Frey & Osborne (2013) ya sostenían que las ocupaciones con mayor riesgo de ser reemplazados por la computarización se encontraban en los servicios, ventas, cargos de oficina y soporte administrativo, producción, transporte e incluso la gestión de negocios y la construcción (p.40).

Dicho informe, además, revela que los robots podrían ocupar los puestos de trabajo en los que al día de hoy trabaja el 47% de la población activa, hecho que podría implicar la destrucción de más de 1.600 millones de puestos de trabajo, siendo los más propensos a ser automatizados aquellos que impliquen funciones rutinarias.

Como demuestra la CEPAL y la OEI (2020) está situación se hace evidente si de la revisión del suministro anual mundial de robots industriales se pasó de menos de 100,000 unidades en el 2001 a más de 300,000 en el 2017, proyectándose más de 600,000 para el 2021 (p.14). En esa misma línea, el mismo estudio demuestra que tan solo en Perú durante el año 2018, el 34.9% de empleos eran propensos a ser automatizables (p.79), de forma que la realidad, demuestra que realmente los cambios producidos por la cuarta revolución industrial podrían representar un problema en el mercado laboral del país que incide en la seguridad social.

En efecto la laboralización del sistema de seguridad social vigente, implica que el sostenimiento del sistema dependa de la existencia de empleos dado que los aportes que efectúan los trabajadores, son utilizados para cubrir las prestaciones de salud y pensiones

de aquellos que han dejado de hacerlo, por lo que una menor cantidad de trabajadores por la pérdida de empleos, representa una menor cantidad de aportes, una menor cantidad de ingresos para el sistema, y en consecuencia un peligro para su sostenibilidad.

Tal y como se desarrollo en un trabajo previo, esta situación se sumaría a una serie de factores que vienen coadyuvando a la crisis de seguridad social en nuestro país, tales como la informalidad laboral, la afiliación voluntaria de trabajadores independientes al sistema de seguridad social, las jubilaciones anticipadas, las disposiciones de libre disponibilidad de fondos pensionarios, y la demografía y envejecimiento poblacional, hechos que en suma terminan por poner en jaque el sistema de bienestar pretendido y la posibilidad de que se puedan implementar medidas propias de un Estado de bienestar a futuro (Najar, 2023).

Por otro lado y si bien la cuarta revolución industrial traerá consigo la creación y transformación de nuevos empleos, lo cierto es que las tasas de recambio serían bajas en nuestra sociedad, si asumimos que actualmente la educación no se enfoca en las competencias necesarias para el futuro del trabajo.

Como lo evidencia la CEPAL y la OEI (2020) las competencias que necesitará la industria a futuro, de acuerdo a las encuestas de mayor impacto a nivel mundial, son las *soft skill,* que son las destrezas que permiten a las personas interactuar en y con su entorno para potencializar un mundo digital, promover la innovación e integrar cualquier tipo de tendencia, por más técnica que esta sea. Ello es así, pues como lo refiere el estudio en mención citando la OCDE, las tendencias tecnológicas cambian continuamente las demandas del mercado, por lo que más que el dominio de nuevas tecnologías, lo importante es el pensamiento computacional vinculado con la solución de problemas que impliquen el desarrollo o adaptación a las nuevas tecnologías, siendo estas las que siguen: a) Capacidad de aprendizaje (aprender a aprender), b) Adaptabilidad y manejo de la frustración, c) Colaboración, d) Comunicación verbal y escrita, e) Creatividad e innovación, f) Solución de problemas y toma de decisiones, g) Pensamiento crítico, h) Manejo de información y de datos i) Liderazgo y j) Tecnología y Pensamiento Computacional (pp.28-30).

Atendiendo a ello, es de identificar que Perú viene presentando problemas en cuanto al desarrollo de dichas competencias, pues como lo demuestra el Informe PIACC del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2020) el país presenta un promedio de 23.1% de población de 25 a 65 años con nivel educativo superior, el uso de habilidades en la vida diaria (comprensión lectora, competencia de matemáticas y competencia de resolución de problemas en contextos informáticos) es en promedio menor al de otros países en la región, advirtiéndose una menor inclusión digital del Estado respecto a la OCDE y otros países de Latinoamérica, por situaciones como la falta de conexión a internet en hogares de menores ingresos y zonas rurales.

Siendo esto así, y siendo que la robotización traerá consigo nuevas formas de trabajo sostenidas esencialmente en el uso de nuevas tecnologías que necesitan de las competencias antes expuestas, por ser que como lo expone Goerlich (2018) los

trabajos del futuro se caracterizan por el uso de plataformas digitales y la ruptura de las coordenadas físicas —lugar y tiempo— en las que se prestan, así como nuevos modelos de trabajo autónomo que lo diferencian del más tradicional (p.117), nuestro país se encuentra en una desventaja por ser que gran parte de la población adulta que podría aprovechar las transformaciones de empleo y la aparición de nuevos puestos de trabajo, no estaría capacitada ni tendría las habilidades necesarias para acceder a dichos empleos.

Sobre ello, el Diario La República (2022) sostiene que:

> *"los resultados de una encuesta –destinada a líderes en el Perú– señala que 1 de cada 3 trabajadores no cuenta con las habilidades digitales necesarias para desarrollar sus funciones. En este sondeo, realizado por Es Hoy, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y MIDE Development, se revela además que a 8 de cada 10 empresas se les dificulta cubrir sus vacantes digitales."*

Aspecto que evidencia que en efecto vienen existiendo problemas en el mercado para cubrir vacantes propias de los nuevos modelos de negocio, por la falta de competencias y habilidades digitales de los peruanos.

De esta forma, queda en evidencia que la cuarta revolución industrial tendrá un impacto sobre los empleos y el mercado laboral peruano, hecho que incide en el sistema de seguridad social vigente debido a su dependencia con el contexto laboral, y que hace necesaria la adopción de medidas para asegurar que en el futuro, las nuevas formas de trabajo, y más propiamente la automatización y la robotización de empleos permitan sostener la asistencia de aquellos que necesitarán de las prestaciones de seguridad social.

MEDIDAS DE RESPALDO A LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE EMPLEO

Finalmente, y atendiendo a la problemática que enfrentamos, parece importante tratar de ensayar una solución a los problemas que la automatización propia de la cuarta revolución industrial traerá consigo en el ámbito de la seguridad social.

Como lo refiere Gonzáles Páramo (2018) una de las prioridades de las autoridades públicas ante los nuevos paradigmas del mercado laboral, debiera ser proteger a las personas y no a los puestos de trabajo que queden obsoletos por una falta de demanda en sus servicios, debiendo la transformación digital ser inclusiva y beneficiar a la sociedad en su conjunto, y no solo aquellos que tienen un alto nivel educativo o que provienen de países desarrollados (p.107).

Es en este contexto que, de acuerdo con lo desarrollado en párrafos precedentes, será pertinente que se adopten medidas educativas que permitan que los futuros ciudadanos que se inserten al campo laboral cuenten con las capacidades necesarias para afrontar los problemas que la automatización trae consigo, pues en el entendido de la pérdida de empleos y la generación de nuevas formas de trabajo, es necesario que los ciudadanos se adapten a las exigencias que el nuevo mundo laboral exige.

Como precisa el World Economic Forum (2016) un 65% de los niños que hoy ingresan a la escuela primaria seguramente trabajará en profesiones inexistentes a la actualidad; razón por la que necesidad de implementar medidas educativas que permitan potenciar las competencias detalladas en párrafos precedentes, es una tarea urgente de los gobiernos para garantizar la continuidad de empleos, y con ello, la existencia de suficientes puestos de trabajo para la sostenibilidad de la seguridad social.

Por otro lado, es de indicar que al margen de las medidas educativas que deben ser implementadas, los gobiernos deberán prestar especial interés a los trabajadores que ya insertos en el mercado de trabajo puedan perder empleos por la automatización propia de la cuarta revolución industrial, debiendo para ello incorporar medidas de capacitación continua que permitan anticipar una adaptación a las nuevas formas de trabajo, garantizando de esta manera que la desocupación que pueda acontecer sea menor y por tanto se mantenga un mínimo de trabajadores que puedan sostener el sistema de seguridad social.

En esa misma línea y ante la pérdida de empleos, parece conveniente preguntarnos si además de medidas preventivas enfocadas en los trabajadores y sus capacidades que ralenticen los efectos negativos de las nuevas formas de trabajo, es posible adoptar cambios normativos que permitan garantizar la sostenibilidad del sistema de seguridad social a futuro.

Al respecto, en el año 2017, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución relativa a normas de Derecho Civil en la robótica, la cual incluyó entre otras, algunas normas reguladoras sobre los daños que podrían ocasionar los robots y las nuevas máquinas inteligentes, creando para ello incluso una Comisión (Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica) que se encargaría de analizar el impacto de la robotización en el enfoque jurídico, considerando el ámbito laboral.

Dicha Resolución, como lo indica Gómez (2018) consideró que ahora que la humanidad se encuentra a puertas de una era en la que robots, bots, androides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial, resulta de especial interés que el legislador pondere las consecuencias jurídicas y éticas, sin obstaculizar con ello la innovación, planteando de esta forma si el desarrollo de estas máquinas inteligentes debería comportar la contribución a través de cotizaciones a la Seguridad Social (p.158)

Así pues y al margen de que esta situación sigue siendo materia de análisis en la doctrina, una primera opción normativa, radica en que la sostenibilidad del sistema de seguridad social sea soportada por aquellas máquinas que reemplacen los puestos de trabajo de los trabajadores.

De esta manera, autores como Ford citado en Gómez (2018) defiende la necesidad de costear una renta básica con el objeto de hacer frente a las desigualdades sociales derivadas de la revolución robótica, lo que permitiría un ingreso periódico de subsistencia a los ciudadanos (p.162).

En esa misma línea autores como Mercader (2017) y Gómez (2018) sostienen que los robots que desplacen a los trabajadores deben cotizar a la seguridad social, ya sea a través de una renta básica pagada por las empresas de acuerdo a la cantidad de robots que se encuentren operando, así como a través de la aplicación de dividendos.

Incluso el segundo de los autores citados precisa que las empresas deberían estar obligadas a comunicar: El número de "robots inteligentes" que utilizan, los ahorros realizados en cotizaciones a la seguridad social gracias a la utilización de la robótica en lugar del personal humano y una evaluación de la cuantía y la proporción de los ingresos de la empresa procedentes de la utilización de la robótica y la inteligencia artificial con el objeto de determinar los montos a cotizar a la seguridad social.

En esa línea, una primera opción que podría adoptarse desde el punto de vista normativo es que cada vez que el empleador tome la decisión de automatizar un sector productivo con la incorporación de máquinas que impliquen la pérdida de empleos, se encargue de cotizar a la seguridad social como si siguiera efectuando el pago de aportes, los cuales podrían definirse como "desempleo tecnológico" de los trabajadores desplazados, hasta por el tiempo de la vida útil del robot o máquina utilizado. Para ello y a efecto de efectivizar dicha medida, el empleador podría informar dicha decisión de forma anticipada a la Autoridad Administrativa de Trabajo para: i) Considerar la cantidad de trabajadores afectados, ii) Se realice la actuación inspectiva para constatar lo informado por el empleador y determinar el ahorro en aportes a la seguridad social del personal humano, según una evaluación de la cuantía y la proporción de los ingresos de la empresa procedentes de la utilización de la robótica e inteligencia artificial. , iii) Capacitar a los trabajadores afectados en competencias que puedan ser necesarias para el acceso a otros empleos, iv) Advertir si los trabajadores pueden acceder a opciones de jubilación anticipada y v) Activar los mecanismos propios de la seguridad social que se implementen en su momento, para la cobranza mensual de "aportes por desempleo tecnológico" y determinar los años de aporte que realizará la empresa, los cuales podrán dejarse de efectuar una vez que dichos trabajadores accedan a nuevos empleos o accedan a una jubilación.

Otra opción desde el punto de vista normativo y que pareciera ser una medida menos radical, es que las empresas coticen en un sistema multi pilar de pensiones, una renta básica determinada por las posibles contingencias a la seguridad social que puedan generar las medidas de automatización, siendo este un importe permanente al sistema que permita soportar cambios radicales como los expuestos a lo largo del presente artículo y que no dependan necesariamente de un trabajo, deslaboralizando de esta manera el sistema de seguridad social.

CONCLUSIONES

Como ha quedado en evidencia a lo largo del presente artículo, la cuarta revolución industrial representa una verdadera disrupción en el campo de las relaciones laborales por los cambios en las dinámicas de empleo representadas por la automatización y robotización del trabajo.

Al margen de la posición optimista o pesimista que se pueda tener sobre dichos cambios, lo cierto es que, en cualquiera de las posiciones antes expuestas, se admite que existirá una perdida parcial o total de empleos que exigen la adopción de medidas para controlar los efectos negativos que se puedan generar en el contexto social.

Uno de dichos efectos, radica en la puesta en peligro de la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social, y es que como se evidenció en el presente artículo, el sistema vigente se sostiene en la "laboralización", la cual exige la existencia de un empleo para cotizar aportes que permitan garantizar las prestaciones de seguridad social, de forma que la pérdida de empleos incidiría en la imposibilidad de cumplir con dichas prestaciones.

En ese contexto se ha demostrado que los efectos negativos que generará la cuarta revolución industrial sobre el empleo, inciden y hacen necesaria la adopción de medidas en el campo de la seguridad social, siendo importante para ello partir de la educación como herramienta para garantizar un empleo de las siguientes generaciones, y de las disposiciones normativas para efectivizar un sistema que permita mantener vigente un Estado de Bienestar.

REFERENCIAS

Abanto Revilla, C. (2014) Manual del Sistema Privado de Pensiones. Lima: Gaceta Jurídica.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI) (2020) "Educación, juventud y trabajo: habilidades y competencias necesarias en un contexto cambiante", Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/116), Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)

Diario La República (2022) ¿Qué tan digitales somos los peruanos? Extraído de: https://especial.larepublica.pe/peru-conectado/tercera-temporada/2022/09/12/que-tan-digitales-somos-los-peruanos-316

Fundación Bertelsmann (2015). 2050: The future of work. Recuperado de https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/BST_Delphi_E_03lay.pdf

Frey C. B. & Osborne, M. (2013) The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation? (El futuro del empleo: ¿Cuán susceptibles son los empleos para la automatización?), Extraído de http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314.

Goerlich Peset (2018) Digitalización, robotización y protección social. En *Teorder.* N° 23. pp. 108-129

Gómez Salado (2018) Robótica, Empleo y Seguridad Social. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo de la Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo ADAPT* Volumen 6, número 3. pp. 139-170.

Gonzales Hunt, C. (2019) El dilema del sistema de pensiones peruano: Ampliar su baja cobertura y lograr su sostenibilidad. En: El derecho del trabajo en la actualidad: Problemática y Prospectiva. Estudios en homenaje a la facultad de derecho PUCP en su centenario, pp. 173-204.

Gonzáles Hunt, C. & Paitán Martínez J. (2017) El derecho a la seguridad social. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gonzáles Páramo J. (2018) Cuarta revolución industrial, empleo y estado de bienestar. En *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* N° 95. pp. 89 - 113

Mercader J. (2017) La robotización y el futuro del trabajo, En: Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, N. 27, pp. 13-24

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2020) Resultados de Evaluación de competencias de adultos: Programa para la evaluación internacional de las Competencias de los Adultos. Extraído de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1539284/Informe%20piacc.pdf

Nájar Becerra C. (2023) Contratación laboral de adultos mayores en el Perú: El derecho a la igualdad como solución a la crisis de seguridad social que se avecina. En *Revista Laborem* 20 (27). pp. 323-345.

Neves Mujica J. (1987) La Seguridad social en la Constitución. En *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación.* Lima: Cultural Cusco S.A. Editores.

Organización Internacional de Trabajo (2020) El futuro del trabajo en el mundo de la industria 4.0. Buenos Aires; Oficina de país de la OIT para la Argentina.

Organización Internacional de Trabajo (2013) El sistema de salud del Perú: situación actual y estrategias para orientar la extensión de la cobertura contributiva. Lima; Oficina de la OIT para los Países Andinos.

Paitán Martínez J. (2023) ¿Estamos protegidos en la vejez? Jubilación, deslaboralización y un modelo para armar. Lima: Palestra Editores.

Rubbi, L., Barlaro Rovati, B., & Petraglia, A. (2020) ¿Perdidos o salvados? El futuro del trabajo frente a la cuarta Revolución Industrial. *Desde el Sur* 12(1), pp. 307-276.

Schwab, K. (2016). The Fourth Industrial Revolution. World Economic Forum.

World Economic Forum (2017) Nearly half of current jobs could be automated by 2055, according to a new report. Recuperado de https://www.weforum.org/agenda/2017/02/nearly-half-of-jobs-could-be-automated-in-the-future-heres-what-the-researchers-are-saying

World Economic Forum (2016) The future of Jobs: Employment, skills and workforce strategies for the Fourth Industrial Revolution.

CAPÍTULO 13

O INSTITUTO DO CRAM DOWN NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: CRITÉRIOS LEGAIS, DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Data de aceite: 03/09/2024

Hygor Bitencourt Pereira
Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito da Faculdade Antonio Meneghetti (AMF)

Lucas Pacheco Vieira
Orientador. Professor universitário (AMF;). Advogado Tributário, Administrativo e Empresarial. Doutorando em Direito pela Universidade de Perúgia/Itália

RESUMO: O presente artigo trata sobre a utilização do instituto legal denominado *cram down* como mecanismo dentro dos processos de Recuperação Judicial de Empresas, fazendo uma análise dos critérios legais para a aplicabilidade do instituto, da doutrina sobre a matéria e do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça depois de 24 de dezembro de 2020, momento em que foi promulgada a reforma da Lei 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020. Sendo assim, esta pesquisa buscou verificar quais são os requisitos específicos para a aprovação de um Plano de Recuperação Judicial, e em caso de reprovação, quais as previsões para a aplicação do *cram down*. E ainda, analisar como o Superior Tribunal de Justiça está decidindo sobre a matéria, a partir do tratamento teórico do tema e as decisões proferidas sobre o tema, para verificar os principais aspectos considerados pelos julgadores para a aplicação do disposto no Art. 58, §1° da Lei 11.101/2005. Sendo possível verificar que o STJ possui tendência a flexibilizar os requisitos previstos em lei para a aplicação do instituto do *cram down*, uma vez que acima dos interesses individuais de cada credor, está a função social da pessoa jurídica. Devendo ser esta a máxima superior, no momento da análise da concessão, ou não, da recuperação judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Cram Down; Lei de Recuperação Judicial e Falência; Recuperação Judicial; Requisitos; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: This article discusses the use of the legal institute called *cram down* as a mechanism within Corporate Judicial Reorganization processes, analyzing the legal criteria for the institute's applicability, doctrinal perspectives, and the understanding established by the Superior Court of Justice after December 24, 2020, when the reform of Law 11.101/2005 was enacted by Law No. 14.112/2020. Thus, this research aimed to identify the specific

requirements for the approval of a Judicial Reorganization Plan and, in case of disapproval, the provisions for the application of *cram down*. Additionally, it analyzed how the Superior Court of Justice is deciding on the matter, considering the theoretical treatment of the topic and the rulings made, to identify the main aspects considered by judges for the application of Article 58, §1° of Law 11.101/2005. It is possible to observe that the STJ tends to relax the legal requirements for the application of *cram down*, considering the social function of the legal entity above the individual interests of each creditor. This should be the paramount consideration when granting or denying judicial reorganization.
KEYWORDS: *Cram Down*; Law on Judicial Reorganization and Bankruptcy; Judicial Reorganization; Requirements; Superior Court of Justice.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista as frequentes instabilidades enfrentadas pelo setor privado brasileiro, não é incomum que as sociedades empresárias e empresários individuais vivenciem dificuldades econômico-financeiras. Nos casos mais graves, tais agentes econômicos optam pelo caminho da recuperação judicial (“RJ”) para lidarem e reverterem o quadro de crise.

Tal medida é de suma importância, levando em conta o aumento da inadimplência, bem como da insolvência das empresas privadas no Brasil. Segundo pesquisa divulgada pelo Jornal Valor Econômico, referente ao primeiro trimestre do ano de 2022 e o mesmo período no ano de 2023, houve um crescimento de 37,6% no número de pedidos de Recuperação Judicial realizados no Brasil. (TAUHATA, 2023).

Apresentando-se como uma das soluções para crises empresariais, a Lei de Recuperação de Empresas (BRASIL, 2005, s.p.) possui o condão de viabilizar, a reorganização financeira das empresas, o que por consequência surte efeitos positivos em todo o cenário social na qual a pessoa jurídica se encontra, favorecendo a satisfação dos credores, a manutenção da unidade produtiva, a preservação dos empregos e a arrecadação de tributos.

A recuperação judicial é disciplinada pela Lei nº 11.101/2005 (“LRF”), que também regulamenta a recuperação extrajudicial e a falência de empresas. De acordo com o diploma brasileiro, a reestruturação das dívidas das recuperandas é organizada através um Plano de Recuperação Judicial (“PRJ”), que viabilizará o cumprimento das obrigações com os credores, dentro dos parâmetros aprovados, que incluem deságios, períodos de carência, dilatação do prazo para satisfação dos créditos, bonificações por antecipação de pagamentos, dentre outros.

Caso seja apresentada objeção, por qualquer dos credores, ao PRJ juntado pela devedora nos autos, a LRF determina a realização de Assembleia Geral de Credores (“AGC”), na qual será discutido e votado o Plano.

Na AGC, o Plano poderá ser aprovado, modificado ou rejeitado. Para aprovação, todas as classes devem aprovar o PRJ, de acordo com os critérios de votação aplicados a

cada uma, estatuídos no art. 45 da LRF. Entretanto, se rejeitado o Plano de Recuperação Judicial, a LRF prevê, em seu artigo 58, o instituto do *cram down*, que possibilita ao magistrado conceder a recuperação judicial, mesmo sem a aprovação do PRJ na AGC.

Por não ser rara a necessidade do uso do mecanismo do *cram down* pelas recuperandas, os operadores do Direito que atuam em processos de RJ, sejam advogados das devedoras, sejam advogados dos credores, sejam membros do *parquet* ou magistrados, devem buscar uma compreensão adequada para dar bom andamento à recuperação judicial.

Nesse sentido, o presente artigo busca, seguindo a linha de pesquisa Direito Empresarial e Societário, verificar as disposições legais sobre o *cram down*, discorrer sobre os requisitos necessários para o seu manejo, analisar o tratamento doutrinário do tema e examinar a jurisprudência formada pelo Superior Tribunal de Justiça no período posterior à reforma da LRF, promovida pela Lei nº 14.112/2020.

A pesquisa é de grande relevância, pois o tema é do interesse de todos os operadores do Direito que atuam na área recuperacional, bem como das próprias sociedades empresárias e empresários individuais em processo de recuperação judicial. Empregou-se, para tanto, o método dialético. Em um primeiro momento, é realizada análise sobre a aprovação e a rejeição do PRJ. Depois, promove-se verificação sobre o quadro legislativo no que pertine ao instrumento do *cram down*. Na sequência, examina-se a jurisprudência do STJ sobre a matéria, de sorte a identificar a orientação atual da Corte sobre o assunto e contribuir com o avanço dos estudos dessa matéria na ordem jurídica pátria.

APORTES TEÓRICOS SOBRE A APROVAÇÃO E A REJEIÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Em decorrência tanto de aspectos de má administração quanto de fatores externos da sociedade e do mercado, é comum que se veja sociedades empresárias e empresários individuais de pequeno, médio e grande portes passarem por situações financeiras turbulentas.

Tendo em vista a significativa importância das empresas para a manutenção e progresso do cenário econômico do país, bem como a importância social que elas possuem, tendo em vista o número de empregos gerados e os recursos carreados aos cofres públicos, é que se faz necessária legislação específica que trate sobre a crise econômico-financeira das pessoas jurídicas de direito privado, notadamente a Lei nº 11.101/2005.

Desta forma, elas, muitas das vezes, têm de recorrer ao Poder Judiciário para que consigam reerguer-se economicamente, com fulcro no princípio da preservação da empresa, estatuído no art. 47 da LRF, o qual visa, utilizando-se de um popular ditado brasileiro, “manter as portas abertas” dos negócios que eventualmente podem vir a sofrer abalos econômicos severos.

Esta ferramenta é a previsão legal que resguarda à Empresa economicamente abalada, a possibilidade de formular um método de pagamento que se enquadra dentro da sua realidade financeira. O pedido poderá ser pelas sociedades empresárias e pelos empresários individuais, conforme o art. 1° da Lei de Recuperação de Empresas (BRASIL, 2005, s.p.), sendo que as definições de empresário e sociedade empresária estão previstas no Código Civil, artigos 966 e 982[1] (BRASIL, 2002, s.p.).

Para que o pedido de Recuperação Judicial possa ser requerido, alguns requisitos legais precisam ser observados, conforme dispõe o artigo 48, da LRF:

> "Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:
>
> I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;
>
> II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;
>
> III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;
>
> IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei." (BRASIL, 2005, s.p.)

Observadas as preliminares de legitimidade e atendidos os requisitos, instaura-se o processo de recuperação judicial da empresa. Este procedimento terá um rito dividido em 3 (três) etapas, as quais foram delimitadas pela doutrina empresarial brasileira, conforme explicita Fábio Ulhoa Coelho:

> O processo da recuperação judicial se divide em três fases bem distintas. Na primeira, que se pode chamar de fase postulatória, a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento do benefício. Ela começa com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido. Na segunda fase, a que se pode referir como deliberativa, após a verificação de crédito, discute-se e aprova-se um plano de reorganização. Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício. A derradeira etapa do processo, chamada de fase de execução, compreende a fiscalização do cumprimento do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo. (2014, p. 342)

Durante a segunda etapa, portanto, ocorre a Assembleia Geral de Credores (AGC), momento em que será analisado o Plano de Recuperação Judicial (PRJ) apresentado pela empresa recuperanda, nos termos do artigo 53 da Lei de Recuperação[2] (BRASIL, 2005,

---

1 Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Art. 982. Salvo as exceções expressas,considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e,simples, as demais.
2 Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e

s.p.), podendo serem feitos eventuais apontamentos e alterações, antes que o mesmo surta seus efeitos, em caso de aprovação. Neste momento, em razão da necessidade de voto dos credores presentes na assembleia, pode-se observar que é demonstrada a importância do maior número de votantes possível, para que a aprovação ou não do PRJ possua em sua composição a vontade da maioria. Marcia Ribeiro assim discorre,

> A LRE dá um novo destaque à participação dos credores na condução da falência e da recuperação judicial. Por isso a previsão do Comitê de Credores e da realização de Assembleias Gerais de Credores. A ideia norteadora é de que a recuperação judicial possibilitará os melhores resultados mediante a conjugação do interesse público, expresso na figura do juiz, do interesse na condução administrativa mais eficiente nos termos da lei, encabeçada pelo empresário e pelo administrador judicial, e do interesse dos credores, manifestado pelo Comitê e pela Assembleia. (2016, p. 540)

A aprovação do Plano de Recuperação deve ocorrer em todas as 4 (quatro) classes descritas no art. 41 da Lei de Recuperação Judicial[3] (BRASIL, 2005, s.p.). Todavia, não é necessário que todos os credores votem pela aprovação para que a Recuperação Judicial seja concedida, pois tal exigência tornaria inviável a concessão na grande maioria dos casos.

Sendo assim, e considerando ainda a discrepante diferença econômica existente entre as classes, na grande maioria das vezes, a legislação prevê também a forma de aprovação em cada uma das repartições dos credores que se dá da seguinte forma: devem os credores que compreendem as classes II e III que votarem por aprovar o plano, possuir mais da metade dos créditos em suas respectivas categorias; e aqueles que se enquadram nas classes I e IV, devem aprovar o plano por maioria simples de credores, independente do valor dos seus créditos, previsão legal encontrada no artigo 45 da Lei de Recuperação Judicial[4] (BRASIL, 2005, s.p.). Caso não alcançados esses requisitos, o PRJ será considerado rejeitado.

Vale dizer que a reforma da LRF, promovida em 2020 pela Lei nº 14.112, inclui também a possibilidade de não ocorrer a AGC como tradicionalmente prevê a legislação, pois desde de que em comum acordo dos credores e da empresa recuperanda, poderá ser realizada adesão do PRJ – além da hipótese da ausência de objeções ao Plano, já prevista desde a redação original da LRF – através de simples manifestação nos autos do processo de RJ instrumentalizada com termo de adesão. Sobre esta segunda hipótese, assim discorre Sérgio Campinho:

---

deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

3 Art. 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados. IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

4 Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta. § 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.§ 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

> A deliberação em AGC pode ser substituída por outro meio idôneo de manifestação volitiva, com idênticos efeitos, notadamente por termo de adesão dos credores ao plano apresentado pelo devedor (§4º do art. 39, arts. 45-A e 56-A, introduzidos pela Lei n. 14.112/2020) (2021, p. 17).

Todavia, com o intuito de evitar a convolação em falência da empresa recuperanda, a reforma de 2020 traz consigo outra ferramenta normativa que possibilita uma saída que auxilie a concessão da recuperação judicial, qual seja a apresentação de PRJ pelos credores. Veja-se, neste sentido, a lição de Campinho:

> Rejeitado o plano de recuperação judicial, abre-se a possibilidade, como forma de se evitar a falência, de apresentação de plano de recuperação judicial pelos credores.
>
> O plano dos credores veio concebido na Lei reformadora n. 14.112/2020, como alternativa ao malogro da aprovação de um plano negociado, obtido através de um consenso entre o devedor e a coletividade de seus credores sujeitos à recuperação judicial.
>
> Faculta-se aos credores concretizá-lo em duas oportunidades: (a) rejeição do plano de recuperação judicial pela AGC48 (§§4º a 8º do art. 56); e (b) retardamento injustificável da deliberação dos credores a respeito do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor (§4º-A do art. 6º). A ocorrência de qualquer uma das hipóteses oportuniza o ingresso na segunda fase do processo de recuperação judicial, na qual a sua natureza negocial cede espaço ao viés impositivo ou imperativo (2021 , p. 17).

Portanto, pode-se observar o impacto que a Lei nº 14.112/2020 causou ao alterar a LRF incluindo nesta última além de modificações nos quesitos de quórum necessário para aprovação do PRJ, acrescentou também a possibilidade de organização de um Plano elaborado pelos credores, para que seja uma nova alternativa de reorganização financeira para a sociedade empresária ou empresário individual que busca a recuperação judicial.

Outrossim, como derradeira forma de evitar a convolação em falência da Empresa, o PRJ rejeitado inicialmente em AGC poderá ainda passar por crivo do julgador, para que este verifique a possibilidade de realizar a concessão da RJ sem a aprovação dos credores, utilizando-se do instituto denominado *cram down*, que será analisado a seguir.

COMPREENDENDO O CRAM DOWN: REQUISITOS E NATUREZA JURÍDICA

Evidentemente que, uma vez que o Plano de Recuperação Judicial passa por uma votação em AGC, existe a possibilidade de ser rechaçado pelos credores e levar a recuperanda à falência, nos termos do previsto no dispositivo 73 da Lei de Recuperação de Empresas (BRASIL, 2005, s.p.).

No entanto, conforme dito acima, há a possibilidade de aplicação do instituto do *cram down* para que o Magistrado conceda a RJ, mesmo que o PRJ seja rejeitado em AGC. Nesta linha, discorre Joshua Ramos:

> Segundo o art. 35, I, da Lei 11.101/05, a assembleia geral de credores possui autonomia para deliberar sobre o plano de recuperação de uma empresa, podendo de pronto aceitá-lo, fazendo que de imediato o plano seja posto em prática, ou, realizar modificações, para então aprová-lo aplicando-o ao caso concreto. Quando o plano de recuperação judicial é negado pela assembleia geral de credores, ou sequer é apresentado, de acordo como o artigo 73 da Lei 11.101/05, o juiz decretará então a falência desta empresa. Diante desse quadro, para evitar que planos de recuperação sejam negados sem motivo aparente, ou por uma parte de credores dissidentes, foi importado dos Estados Unidos, o instituto do Cram down, que como a tradução literal já diz, empurra "goela a baixo" dos credores o plano do devedor, fazendo com que estes sejam obrigados a aceitá-lo (2021, p. 9).

A aplicação do instituto do *cram down* se tornou mais comum nos processos de RJ após a crise econômica de 2008, que iniciou nos Estados Unidos (MENDONÇA, 2022, p. 37). Tratou-se de cenário em que diversas empresas do principal mercado comercial do mundo entraram em colapso, em decorrência da falência de algumas das maiores instituições financeiras daquele país, dentre as quais o Banco Lehman Brothers (PINHEIRO, 2019, p. 143).

Analisando do ponto de vista estritamente jurídico do instituto, o *cram down* é a possibilidade de mesmo que rejeitado o PRJ por uma parcela dos credores durante a Assembleia Geral, o magistrado, identificando o preenchimento de certos requisitos, descritos nos incisos do §1° do art. 58, Lei 11.101/2005 (BRASIL, 2005, s.p.), termine concedendo a recuperação judicial.

Na redação original da LRF, tinha a seguinte dicção destes preceitos legais:

> Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.
>
> § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:
>
> I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;
>
> II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;
>
> III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.
>
> § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Após a reforma da LRF, veiculada pela Lei nº 14.112/2020, os requisitos ficaram mais rigorosos, conforme se depreende da nova redação do inciso II do § 1º do art. 58^:

> Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei.
>
> § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:
>
> I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;
>
> II - a aprovação de 3 (três) das classes de credores ou, caso haja somente 3 (três) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 2 (duas) das classes ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas, sempre nos termos do art. 45 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)
>
> III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.
>
> § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Assim, ao invés de se exigir a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas, a LRF passou a demandar a aprovação de 3 (três) das classes de credores ou, caso haja somente 3 (três) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 2 (duas) das classes ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas, nos termos do art. 45 da LRF. Logo, ficou mais difícil a aprovação do PRJ a partir da reforma da LRF.

Segundo Saulo Mendonça[5], a aplicação do *cram down* é um ato do julgador, que parte de uma análise primária, mas que também depende de uma subjetividade no olhar do juiz, que decidirá se o disposto no Plano se encaixa dentro de uma ideia de justo para as partes envolvidas, tanto para os credores quanto para a Empresa Recuperanda (MENDONÇA apud. TOMAZETTE, 2017, p. 296).

Ainda, deve-se considerar para cada caso, a quantidade específica de créditos existentes no Processo de Recuperação Judicial, bem como a quantidade de credores habilitados nos autos da demanda. Uma vez que vão ser estes os parâmetros iniciais que serão analisados para que possa ser proferida a decisão de concessão da RJ através da aplicação do método *cram down*, Daniel Costa e Alexandre Melo exemplificam uma dessas situações:

5 O cram down, que dá ao juiz o poder de intervir na deliberação dos credores (...) A sua aplicação envolve uma grande margem de discricionariedade do juiz, especialmente na definição sobre justiça e equidade do plano, bem como sobre a ausência de discriminaçã injusta. Assim, caberá ao juiz verificar se há alguma discriminação entre as classes e se ela é justa, deixando margem para um claro juízo de valor. Além disso, caberá ao juiz analisar se o plano é justo e equitativo, mais uma vez numa análise bastante subjetiva, que, porém, possui certos testes de verificação.

> [...] há casos em que o atingimento do quórum de mais de um terço pode se mostrar impossível, principalmente quando, pelo valor do crédito, um único credor seja detentor de mais de dois terços e opte por rejeitar o plano, bem como há casos em que a classe é composta por único credor. Lembrando que a rejeição do plano importa em convolação em falência; em alguns casos, um único credor teria o poder de decretar a quebra da recuperanda, ainda que todos os outros estivessem favoráveis à recuperação. Essa situação não pode prevalecer em detrimento do interesse dos demais credores e em detrimento da preservação da empresa. [...] Cabe ao magistrado esse controle de legalidade.(2021, p. 173).

Os parâmetros que serão utilizados para análise do julgador, que poderá ou não entender pela aplicabilidade do *cram down*, são 3 (três) no total e devem estar presentes de forma cumulativa. Todos estão previstos no §1° do artigo 58 da LRF, transcrito supra. Na doutrina, Joshua Ramos descreve tais requisitos e a forma de aplicação:

> O primeiro requisito é que, durante a deliberação sobre o plano, este tenha alcançado a aprovação de credores que 'representem mais da metade do valor de todos os créditos', independente da classe da qual estes façam parte. [...][6] Por fim, 'na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1o e 2o do art. 45 desta Lei.' (BRASIL, 2005). Esses, pois, são os requisitos objetivos exigidos para que o cram down seja reconhecido pelo magistrado. Contudo, há um requisito subjetivo, que está listado no parágrafo segundo do artigo 58 da Lei 11.101/05, que diz: '§ 2o A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1o deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.' (2021, p. 20).

Após a análise de preenchimento ou não dos requisitos para aprovação do PRJ, bem como uma discricionariedade em relação à aplicabilidade do instituto do *cram down*, caberá ao julgador identificar se há ou não a possibilidade de concessão da Recuperação Judicial, em qualquer uma das duas modalidades que se apresentam. Neste sentido, discorre Marcelo Sacramone:

> Preenchido o quórum de aprovação, o juiz deverá conceder a recuperação ou, caso não preenchido, deverá decretar a falência do empresário devedor. Mesmo que o plano de recuperação judicial seja viável, não discrimine injustamente os credores a ele submetidos e garanta a prioridade de pagamento a classes preferenciais de credores, não poderá o juiz conceder a recuperação judicial caso a classe de credores que tenha rejeitado o plano de recuperação judicial não tenha votos favoráveis de pelo menos um terço dos créditos/credores, tenha havido diferenciação de credores nessa classe, a maioria das classes não tenha aprovado e os credores que votaram favoravelmente à aprovação, independentemente da classe, não representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes. (2023, p. 189)

Considerando, ainda, que há a possibilidade de um único credor ser detentor de todo o crédito em uma das classes, deve-se ponderar que este poderia, sozinho, levar à

6 Sobre isso, o autor referido cita o inciso II, do §1° do artigo 58, da Lei de Recuperação Judicial.

convolação em falência da empresa recuperanda. Cabe, portanto, ao julgador realizar a análise equilibrada da possível existência de um voto abusivo por parte do credor único, e, se for este o caso, poderá proferir decisão de concessão da RJ através do uso do método do *cram down*.

Este foi o entendimento adotado, por exemplo, pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.337.989-SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

> 5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores[7].

Para que a manifestação de um credor em sede de Assembleia seja considerada abusiva, não basta apenas que este seja detentor de 100% dos créditos de sua classe, pois se assim fosse causaria uma obrigatoriedade de o mesmo votar a favor do plano, o que seria equivalente a tornar inócuo o voto desse credor. Sobre a matéria, entende-se por voto abusivo, a manifestação exclusivamente unilateral advinda de credor que possua em número, ou quantia de crédito, a capacidade de rejeitar o PRJ apresentado pela recuperanda. Assim se pronuncia o empresarialista Marcelo Sacramone:

> Na hipótese de o requisito da aprovação de mais de 1/3 dos credores na classe que rejeitou o plano não poder ser obtido em razão de credor único ou que supere 2/3 dos créditos da referida classe, o requisito legal, por ser impossível nesse caso, excepcionalmente, poderá ser relativizado diante do caso concreto. (2023, p. 190)

Pensando desta forma, e em visualizar como seria possível identificar voto abusivo por parte de credores, a LRF apresenta em seu art. 39, §6, quais são as formas utilizadas para se declarar que um voto é manifestamente abusivo:

> Art. 39. Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º , desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do caput**,** 99, inciso III do caput**,** ou 105, inciso II do caput**,** desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembléia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.
>
> § 6º O voto será exercido pelo credor no seu interesse e de acordo com o seu juízo de conveniência e poderá ser declarado nulo por abusividade somente quando manifestamente exercido para obter vantagem ilícita para si ou para outrem.

---

7 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.337.989-SP (2011/0269578-5). Recorrente:Banco do Brasil S/A. Recorrido: WE Indústria e Comércio LTDA. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 08 de maio de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201102695785&totalRegistrosPorPagina=40&apicacao=processos.ea. Acesso: 05 jun. 2023.

Neste ponto, observe-se a doutrina de Marcelo Sacramone:

> Nesse sentido, por não haver um interesse comum ou maior a orientar as manifestações de vontade dos credores através do voto, é que este somente poderá ser considerado abusivo se for manifestamente proferido de má-fé, ou seja, para obter vantagem ilícita para si ou para outrem. É justamente essa redação do art. 39, § 6º, que exige que o voto somente poderá ser considerado abusivo quando exercido para obter vantagem ilícita para si ou para outrem. (2023, p. 127)

Percebe-se, então, que o instrumento do *cram down* é de suma importância quando se trata especificamente acerca do princípio da preservação da empresa, conforme afirma Joshua Ramos ao destacar a sensível análise a ser feita pelo magistrado quando identificar se é possível ou não a aplicação do mecanismo supra referido.

Noutras palavras, a flexibilização deve ser feita, quando possível, com base no princípio da preservação da empresa (art. 47 da LRF), evitando, com isso, que um único credor impeça a recuperação econômica da empresa, em detrimento dos demais credores que votaram a favor da aprovação do PRJ (RAMOS, 2021, p.22 apud. SALOMÃO; SANTOS, 2020, p. 8).

Nesse sentido, pode-se observar a importância vital que o mecanismo do *cram down* pode vir a ter no momento da análise de concessão ou não da RJ, pois, conforme mencionado, a convolação em falência da pessoa jurídica implica mais do que apenas a falência, com a posterior venda – com elevada depreciação - dos ativos para pagamento dos credores, mas também em um impacto social que surte efeitos na geração de empregos, produção de riquezas, robustez do mercado, arrecadação tributária, entre outros.

ANALISANDO O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA APÓS A PROMULGAÇÃO DA REFORMA DA LRF

Para uma adequada compreensão sobre o instituto ora abordado, será evidenciado, a partir de pesquisa empírica, como se deu a aplicação do mecanismo do *cram down* em acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) após a reforma legislativa promovida pela Lei nº 14.112/2020.

Convém sublinhar que vários desses julgados foram proferidos em relação a casos nos quais o *cram down* fora aplicado com base na redação original do instituto, ou seja, com menores dificuldades do que a formatação vigente, trazida pela reforma de 2020. Mesmo assim, tem-se como importante e justificado o marco temporal usado porque o espírito da reforma poderia ter passado a influenciar os Tribunais a dificultarem o emprego desse mecanismo.

Igualmente, destaca-se que não é possível aferir certeza de que somente os julgados ora analisados são os que efetivamente o STJ proferiu desde a promulgação da reforma da LRF, haja vista que os resultados obtidos são todos aqueles que resultaram em pesquisas

no sistema de busca jurisprudencial, o que pode levar a resposta subdimensionadas na base de dados da Corte Superior, dado que o número de expressões usados para a pesquisa é limitado.

Critérios utilizados para obtenção de resultados

As decisões colegiadas analisadas no presente ensaio foram obtidas a partir da consulta na seção de pesquisa de jurisprudência do site do Superior Tribunal de Justiça, não se tendo utilizado qualquer acesso exclusivo, cadastro ou requisito de acesso a informações privilegiadas, ou seja, pesquisando-se tão somente às informações públicas e disponíveis a qualquer cidadão.

A pesquisa foi realizada mediante o uso de expressões que possibilitam obter o máximo de resultados possível sobre a matéria abordada neste artigo, e, como segundo filtro, foi utilizado um intervalo de tempo específico posterior à promulgação da reforma de 2020.

Como conjunto de expressões no campo de pesquisa, utilizaram-se "*cram down*", "recuperação judicial e *cram down*" e "plano de recuperação e *cram down*". Em relação ao aspecto temporal, empregaram-se as seguintes datas: 01/01/2021 (início do período de vigência da maior parte dos dispositivos da Lei nº 14.112/2020), e 03/11/2023 (data em que a coleta de informações foi finalizada).

No total, foram localizadas 7 decisões colegiadas a partir dos critérios usados, sendo que destas houve a seguinte distribuição de julgados em relação aos Tribunais de Justiça: um acórdão do Estado do Pernambuco (TJPE)[8], dois acórdãos do Estado do Mato Grosso (TJMT)[9][10], dois acórdãos do Estado de São Paulo (TJSP)[11][12], um acórdão do Estado do Paraná (TJPR)[13] e um acórdão do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS)[14].

8 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n° 1.758.734-PE. Terceira Turma. Relator: Min. Moura Ribeiro. Julgado em 21/08/2023. Brasília. Diário de Justiça de 23/08/2023.
9 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n° 2.030.487-MT. Terceira Turma. Relator: Min. Moura Ribeiro. Julgado em 22/05/2023. Brasília. Diário de Justiça de 26/05/2023.
10 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n° 1.626.184-MT. Terceira Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 14/12/2021. Brasília. Diário de Justiça de 16/12/2021.
11 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 1.632.988-SP. Terceira Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 30/05/2022. Brasília. Diário de Justiça de 02/06/2022.
12 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 1.551.410-SP. Quarta Turma. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 29/03/2022. Brasília. Diário de Justiça de 24/05/2022.
13 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.788.216-PR. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 22/03/2022. Brasília. Diário de Justiça de 29/03/2022.
14 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 1.529.896-RS. Quarta Turma. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 10/08/2020. Brasília. Diário de Justiça de 14/08/2020.

Análise empírica acerca dos resultados obtidos sobre a aplicação do Instituto do Cram Down, pelo Superior Tribunal de Justiça

De modo a possibilitar uma melhor verificação das peculiaridades de cada caso, abaixo demonstra-se quadro resumo, que apresenta a área de atuação das empresas recuperandas, bem como o modo de votação de cada Tribunal de Justiça em relação à aplicação, ou não, do instituto do *cram down*. Outrossim, apresenta-se de que forma o STJ votou em cada caso, reformando, ou não, os acórdãos proferidos na origem:

Empresa Recuperanda	Setor De Atuação	Decisão de 1ª Instância	Acórdãos de 2ª Instância	Acórdão do STJ
Irmãos Coutinho Indústria de Couros SA - Em Recuperação Judicial	Têxtil	AGC rejeitou o PRJ e não houve a aplicação do *cram down*.	Recurso desprovido. Mantida a inaplicação do *cram down*.	AgInt no REsp n° 1.758.734-PE: Recurso desprovido. Mantida a inaplicação do *cram down*.
AMW Agropecuaria LTDA - Em Recuperação Judicial	Agricultura	Concedida a RJ, aplicando-se o *cram down*.	Mantida a aplicação do *cram down*.	AgInt no REsp n° 2.030.487 – MT: Mantida a aplicação do *cram down*.
Machbert Equipamentos E Servicos Ltda - Em Recuperação Judicial	Concerto de maquinários hidráulicos	Concedida a RJ, aplicando-se o *cram down.*	Mantida a aplicação do *cram down.*	AgInt no Agravo em REsp n° 1.632.988 – SP: Mantida a aplicação do *cram down.*
BBKO Consulting S.A. - Em Recuperação Judicial	Consultoria em Tecnologia da Informação	Concedida a RJ, aplicando-se o *cram down.*	Mantida a aplicação do *cram down.*	AgInt no Agravo em REsp n° 1.551.410 – SP: Mantida a aplicação do *cram down*
Conduspar Condutores Elétricos LTDA - Em Recuperação Judicial	Fábrica de cabos de energia	Concedida a RJ, aplicando-se o *cram down.*	Mantida a aplicação do *cram down.*	REsp n° 1788216 – PR: Mantida a aplicação do *cram down*
Usina Jaciara S.A. - Em Recuperação Judicial; Usina Pantanal de Açúcar e Álcool LTDA - Em Recuperação Judicial	Cultivo de Cana de Açúcar	AGC rejeitou o PRJ e não houve a aplicação do *cram down.*	Recurso desprovido. Mantida a inaplicação do *cram down.*	EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp n° 1.626.184 – MT: Recurso desprovido. Mantida a inaplicação do *cram down.*
Laticinio Seberi LTDA - Em Recuperação Judicial	Fabricação de Laticínios	Concedida a RJ, aplicando-se o *cram down.*	Mantida a aplicação do *cram down.*	AgInt no Agravo em REsp n° 1529896 – RS: Mantida a aplicação do *cram down.*

Conforme se percebe, em primeiro lugar, as decisões proferidas em 1ª Instância são majoritariamente mantidas pelos Tribunais de Justiça e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Compulsando cada caso, identificou-se que os Tribunais de Justiça tendem a analisar especificamente a presença de nulidades que possibilitem ou impeçam a aplicação do instituto do *cram down*, com uma certa inclinação a flexibilizar os requisitos necessários para a concessão da RJ com base no princípio da preservação da empresa, consagrado no art. 47 da LRF.

Como exemplo disto, temos o AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2030487 - MT, no qual houve interposição de recurso por parte do credor Banco do Brasil pleiteando a manutenção da rejeição do PRJ e a convolação em falência, tendo em vista o suposto tratamento diferenciado entre credores que compunham a mesma classe. Entretanto, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso entendeu que a criação de subclasses entre credores é possível, desde que devidamente justificada e fundamentada em critérios objetivos, sendo que esta conduta não caracteriza tratamento diferenciado ilegítimo entre credores.

Já ao analisarmos as decisões proferidas pelo STJ, pode-se verificar que grande parte dos argumentos trabalhados pelos recorrentes sequer chegam a ser analisados, tendo em vista que a necessidade de reexame de fatos e provas é fator vedado pela incidência da Súmula n° 7[15] da Corte da Cidadania.

Caso concreto disto é o AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1632988 - SP, onde o credor Banco do Brasil recorreu até o STJ para pleitear a reversão da decisão proferida pelo juízo *a quo,* que concedeu a RJ da empresa Machbert Equipamentos E Servicos Ltda - Em Recuperação Judicial. Sustentou a instituição financeira recorrente que não houve incidência de voto abusivo, e que, em verdade, o PRJ é que era abusivo, tendo em vista a previsão de deságio de 80% e o parcelamento em 15 anos para o pagamento integral dos créditos.

Neste ponto, a doutrina brasileira começou a tratar mais sobre o tema do percentual de deságio e do período de parcelamento, visto que de importante repercussão, e determinante nos processos de recuperação judicial.

Cumpre dizer que até a atualidade não existe qualquer previsão em lei de limite máximo para deságio ou sobre o período para pagamento. Nessa toada, João Pedro Scalzilli pontifica o quanto segue:

15 "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf Acesso: 28 nov. 2023.

> A propósito do plano em si, algumas de suas cláusulas têm gerado certa polêmica nos tribunais, entre elas: (i) a cláusula que prevê a concessão de abatimentos ("deságio") elevados (50%, 60%, 70%, 80% e até 90% do valor de face dos créditos); (ii) a cláusula com a previsão de pagamentos muito dilatados no tempo (15, 20, 25 anos), a qual, por vezes, não prevê a incidência de juros e correção monetária; [...] Diante de tais cláusulas, poderia o magistrado examinar o conteúdo do plano? Relativamente às duas primeiras, esboçar resposta prévia, sem contato com o caso concreto, é muito difícil, pois, em princípio, a questão está no âmbito da autonomia privada das partes, podendo elas acordar o que melhor lhes aprouver. Lembre-se, nesse sentido, que pode haver fornecedores dispostos a perdoar dívidas de grande monta, caso o devedor continue adquirindo seus produtos, ou mesmo caso perceba que, na hipótese de falência, perderá muito mais do que se conceder um grande deságio. (2023, p. 475)

Retomando a análise do caso concreto, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva entendeu por manter o acórdão recorrido, uma vez que a matéria dos argumentos ventilados pelo Banco do Brasil exigia análise do PRJ apresentado e votado pelos demais credores, o que implicaria reexame de provas, vedado pela Súmula 07 do STJ. Todavia, o próprio Tribunal Estadual fundamentou a manutenção da aplicação do instituto do *Cram Down* através da presença de voto abusivo pelo Banco do Brasil, e que neste caso deveria prevalecer o princípio da preservação da empresa e da função social.

Ademais, pode-se verificar, ao compulsar os resultados da pesquisa realizada, que os recursos manejados até o STJ são em sua maioria de autoria de instituições financeiras. Isso decorre, em especial, do volumoso numerário creditício que os Bancos e Cooperativas de crédito fornecem para as empresas no Brasil, muitas vezes tomando em contrapartida garantias que possam assegurar a possibilidade de recuperação do crédito em caso de inadimplência comum, ou mesmo de RJ, RE ou falência.

Abaixo, demonstra-se quadro resumo que detalha o cenário acima descrito sobre os credores, especificando quem são os recorrentes, o setor de atuação no mercado e a classe em que se enquadram de acordo com a LRF. E mais, apresentam-se os fundamentos utilizados nos recursos manejados, bem como o resultado final quanto ao cumprimento ou não dos requisitos de aplicação do instituto do *cram down*:

Empresa Recuperanda	Fundamentos do Recurso	Recorrente	Setor Do Credor	Classe do Credor	Cumprimento Dos Requisitos
Irmãos Coutinho Indústria de Couros SA - Em Recuperação Judicial	Voto contrário de Credor detentor de 54,51% dos créditos totais da RJ.	Banco do Nordeste do Brasil S.A	Banco	Garantia Real	Não houve preenchimento cumulativo dos requisitos.
AMW Agropecuaria LTDA - Em Recuperação Judicial	Tratamento diferenciado entre credores da mesma classe.	Banco do Brasil	Banco	Garantia Real	Não houve cumprimento dos requisitos, mas a RJ foi concedida a fim de evitar voto abusivo.
Machbert Equipamentos E Servicos Ltda - Em Recuperação Judicial	Inexistência de voto abusivo.	Banco do Brasil	Banco	Quirografário	Houve o cumprimento dos requisitos, diante da existência de voto abusivo.
BBKO Consulting S.A. - Em Recuperação Judicial	Voto contrário de Credor detentor de 56,86% dos créditos totais da RJ.	Banco do Brasil	Banco	Quirografário	Houve o cumprimento dos requisitos, diante da existência de voto abusivo.
Conduspar Condutores Elétricos LTDA - Em Recuperação Judicial	Favorecimento de um único credor da Classe III - crime falimentar; e ausência de quórum na Classe II para aprovação.	Kirton Bank S.A. - Banco Múltiplo	Banco	Quirografário	Inexistência de favorecimento de credor da Classe III, e do suposto crime falimentar.
Usina Jaciara S.A. - Em Recuperação Judicial; Usina Pantanal de Açúcar e Álcool LTDA - Em Recuperação Judicial	Ausência de análise das possibilidades de aplicação do *Cram Down*, ante a presença de dois Planos de Recuperação Judicial distintos, um para cada recuperanda	Neste caso, as próprias recuperandas	-	-	Não houve sequer a análise dos requisitos do *Cram Down*, vez que o acórdão recorrido buscou analisar apenas um dos PRJs apresentados. E entendeu por não aplicar o instituto.
Conduspar Condutores Elétricos LTDA - Em Recuperação Judicial	Tratamento diferenciado entre credores da mesma classe.	Cooperativa Tritícola Frederico Westphalen LTDA	Cooperativa de grãos	Quirografário	Entendeu-se pelo preenchimento dos requisitos, vez que "é perfeitamente viável o plano de recuperação prever pequena distinção entre os credores da mesma classe que possuam interesses diversos".

Verificando-se as razões que motivaram os recursos analisados, pode-se perceber que predominam duas teses entre os recorrentes: (1) o tratamento diferenciado entre credores da mesma classe; e (2) a presença, ou ausência, de voto abusivo por parte dos credores. Já quando se analisam as classes a que pertencem os recorrentes, percebe-se que são credores das classes II (garantia real) e III (quirografários), com a exceção dos EDcl nos EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.626.184 – MT, que foram manejados pela própria recuperanda buscando a aplicação do instituto do *cram down*.

No que compete à tese acerca de suposto tratamento diferenciado entre os credores, cita-se como exemplo o RECURSO ESPECIAL Nº 1788216 - PR, onde consta como recorrente o Banco Kirton Bank S.A - Banco Múltiplo e recorrida a empresa Conduspar Condutores Elétricos LTDA - Em Recuperação Judicial. Sustenta o banco credor que houve tratamento diferenciado no momento de determinar a forma de pagamento dos credores da classe III (quirografários), podendo inclusive a conduta enquadrar-se como crime falimentar por força do artigo 172 da LRF[16].

Entretanto, o saudoso Ministro Paulo de Tarso Sanseverino entendeu não ser caso de tratamento diferenciado entre credores, uma vez que houve a previsão de condição especial de pagamento para a credora Copel, tendo em vista que esta é a única possível fornecedora de energia elétrica. Cumula-se isto ao fato de que mesmo após o pedido de Recuperação Judicial da empresa Conduspar, a fornecedora em momento algum cessou o fornecimento em observância ao princípio da preservação da empresa, o que foi essencial para a manutenção das atividades da empresa.

Sendo assim, neste caso, o entendimento tanto do Tribunal local quanto do STJ foi o de reconhecer como possível a previsão de pagamento com condições especiais para a credora quirografária Copel. Ato contínuo, foi homologado o Plano de Recuperação Judicial através da aplicação do mecanismo do *cram down*, e a partir da flexibilização do §2° do artigo 58 da LRF[17], com o pagamento em condições especiais para credor que foi essencial para a sobrevivência da empresa.

16 Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

17 Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei.§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou sobre o instituto do *cram down*, como ferramenta para a manutenção econômica das empresas que optam pela recuperação judicial como caminho para superar crise econômico-financeira.

De início, analisaram-se as hipóteses de aprovação e rejeição do Plano de Recuperação Judicial, à luz da legislação vigente e da doutrina especializada. Ato contínuo, promoveu-se exame específico sobre o *cram down* na Lei nº 11.101/2005, com fulcro mais uma vez nas disposições legais aplicáveis e nas lições doutrinais. Identificou-se aqui, como destaque, o aumento no rigor dos requisitos para o emprego do *cram down*, dada a modificação promovida no inciso II do § 1º do art. 58 da LRF.

Feitos esses estudos basilares, realizou-se pesquisa empírica sobre a compreensão jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a respeito desta temática. Utilizou-se determinadas expressões na busca de jurisprudência do STJ para obter resultados pertinentes em termos de acórdãos, bem como o intervalo temporal de 01/01/2021 a 03/11/2023, que se justifica por se tratar do período posterior à promulgação da Lei nº 14.112/2020, que veiculou a reforma da LRF.

Sobrevieram 07 acórdãos a partir da pesquisa feita com os critérios referidos, sendo um acórdão do Estado do Pernambuco (TJPE), dois acórdãos do Estado do Mato Grosso (TJMT), dois acórdãos do Estado de São Paulo (TJSP), um acórdão do Estado do Paraná (TJPR) e um acórdão do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS).

Analisando-se as decisões colegiadas, pôde-se identificar que os recorrentes eram, majoritariamente, credores das classes II (garantia real) e III (quirografários) que buscavam reverter acórdãos nos quais o *cram down* havia sido aplicado para viabilizar a concessão da RJ. Ou seja, os credores pretendiam fazer valer a rejeição do PRJ decidida em AGC.

O estudo demonstra, também, que os recorrentes eram, em sua maioria, bancos e outras instituições financeiras. Dentre os argumentos de recorrentes credores, sobressaem (i) a ausência de cumprimento dos requisitos legais para a aplicação do *cram down*; (ii) a inexistência de abusividade, sendo, em verdade, o PRJ abusivo em face dos credores; (iii) a ilegalidade de tratamento extremamente desfavorecido aos credores da classe do recorrente, em especial quando o recorrente se enquadrava como quirografário; (iv) a ilegitimidade de deságio em níveis excessivos, em patamares de até 80%; (v) a ilegitimidade de parcelamentos muito longos, tais como 15 anos, para a satisfação dos créditos; (vi) a ilegitimidade de tratamento demasiadamente favorecido a uma determinada classe, como ocorreu com fornecedora de energia elétrica em um dos julgados.

Em relação a boa parte dos argumentos, o STJ tem afastado a apreciação por considerar que exigem reexame de provas, o que esbarra na Súmula 07. Isso ocorreu com argumentos como a ilegitimidade de deságios exacerbados e parcelamentos demasiadamente longos (AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1632988 – SP).

Por outro lado, o STJ enfrentou alguns dos argumentos, em geral de maneira favorável às devedoras. É o que se observou diante de alegações como o descumprimento dos requisitos legais para o *cram down*, e a ausência de ilegalidade das distinções feitas no PRJ em favor de certas classes ou subclasses de credores.

Portanto, foi possível verificar que o STJ apresentou, no período posterior à promulgação da reforma da LRF, especificamente entre 01/01/2021 e 03/11/2023, tendência de flexibilizar os requisitos previstos em lei para a aplicação do instituto do *cram down*, privilegiando a preservação da empresa e sua função social, ao invés da segurança jurídica e dos interesses de determinados credores, em especial bancos, de fazer prevalecer o texto da LRF, com a manutenção da rejeição do PRJ em AGC e a consequente convolação da RJ em falência.

REFERÊNCIAS

AMANCIO, Guilherme Silva. **O *CRAM DOWN* E A ATUAÇÃO DO JUIZ NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: uma análise do papel do magistrado sob o pálio da Lei 11.101/2005.** 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de fevereiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL, **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. **Lei Federal n°14.112, de 14 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre a lei n° 11.101/05. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14112.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 10a ed - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 1: direito de empresa – 18a ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Curitiba: Juruá, 2021.

LOPEZ, Felix; GUEDES, Erivelton; **TRÊS DÉCADAS DE EVOLUÇÃO DO FUNCIONALISMO PÚBLICO NO BRASIL (1986 - 2017)**. Rio de Janeiro-RJ: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasestado/consulta/121#iniciodoconteudo. Acesso em: 30 mar. 2023.

MENDONÇA, Saulo (org.); ARRUDA, Pablo (org.); RAMOS, André (org.). **Temas Essenciais à Advocacia Empresarial**. Rio Bonito-RJ: Hipótese, 2022. E-book.

RAMOS, Joshua Silva. **A revisão da aplicabilidade do *cram down* no Brasil como mecanismo de instrumentalização do princípio da preservação da empresa**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário do Planalto Central Apparecido dos Santos, Gama-DF, 2021.

TAUHATA, Sérgio; Alta na inadimplência pressiona pedidos de recuperação judicial. **Valor Econômico**, São Paulo. 13 abr. 2023. Em Impresso, p. 1.

CAMPINHO, Sérgio. **Plano de Recuperação Judicial – Formação, aprovação e revisão**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. *E-book.* ISBN 9786555595437. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595437/. Acesso em: 10 out. 2023.

PINHEIRO, Juliano L. **Mercado de Capitais.** [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597021752. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021752/. Acesso em: 10 out. 2023.

SACRAMONE, Marcelo B. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.** [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627727. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627727/. Acesso em: 10 out. 2023.

SCALZILLI, João P.; SPINELLI, Luis F.; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falências.** [Digite o Local da Editora]: Grupo Almedina (Portugal), 2018. E-book. ISBN 9788584934577. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584934577/. Acesso em: 14 out. 2023.

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS: Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNjPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).
orcid.org/0000-0002-5472-8879

ÍNDICE REMISSIVO

A

C

D

G

H

J

M

O

P

R

S

questões atuais e desafios jurídicos

3

www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Ano 2024